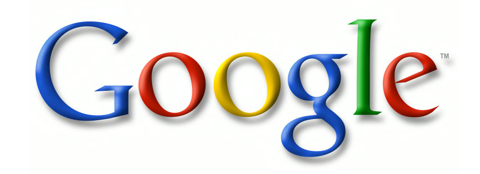
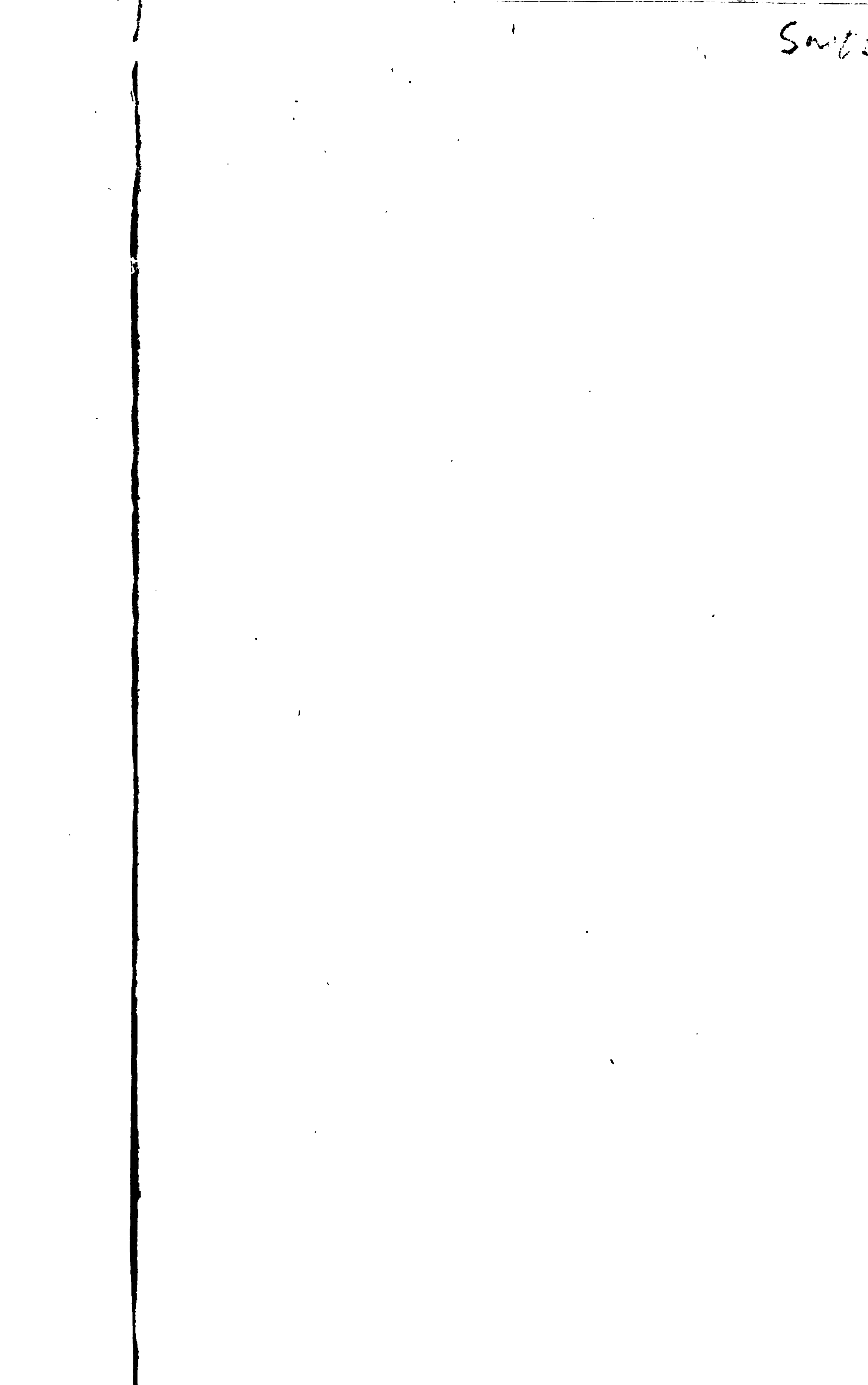




Verhandlungen

des

Schweizerischen Juristenvereins

1903

Zweites Heft

Inhalt:

Inwieweit ist die Uebereinstimmung der Begriffe im Civil- und Strafrecht wünschenswert und durchführbar?

Referat von Prof. Dr. **Max Gmür** in Bern.

Basel
Verlag von Helbing & Lichtenhahn
(vormals Reich-Detloff)
1903.



Inwieweit ist die Uebereinstimmung der Begriffe im Civil- und Strafrecht wünschenswert und durchführbar?

Referat von Prof. Dr. Max Gmür.

§ 1. Einleitung.

Jede Kodifikation eines grössern Rechtszweiges bringt unter der Fülle der von ihr ausgehenden Anregungen auch die Frage nach dem Verhältnis zu andern Rechtsteilen, nach der Absteckung der Grenzen und der gegenseitigen Rücksichtnahme mit sich. Meist allerdings finden diese Fragen über der Masse von näherliegendem wenig Berücksichtigung und nur ausnahmsweise tritt der Fall ein, dass Spezialisten einer andern Branche als der kodifizierten zur Klärung wesentliches beitragen, wie dies insbesondere in Bezug auf das B. G. B. durch Liszt in seinen „Grenzgebieten"[1]) und in seinen „Deliktsobligationen"[2]) in hervorragendem Masse geschehen ist. Steht man, wie wir, vor einer doppelten Kodifikation, an der gleichzeitigen Arbeit, die zwei wichtigsten Rechtsteile zu unifizieren, so taucht naturgemäss das Bedürfnis in verstärktem Masse auf, sich in gegenseitige Beziehungen zu setzen und womöglich für gemeinsame Gedanken auch gemeinsame Formulierungen zu finden. So ist denn auch unter anderm angeregt worden,[3]) dass im Hinblick auf die ganze Reihe von Berührungspunkten zwischen Civil- und Strafrecht ein Bindeglied, eine Art von Kontrollstation zwischen der Kommission des Civilrechts und derjenigen des Strafrechts geschaffen werden sollte, was wenigstens insofern in Erfüllung ging, als die Vertreter des eidgen. Justizdepartementes an beiden Kommissionen Anteil nahmen. Näher eingetreten auf das gemeinsame Gebiet wurde in der

[1]) Liszt, Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht, 1889.

[2]) Liszt, Die Deliktsobligationen im System des bürgerlichen Gesetzbuches, 1898.

[3]) Meili, Die Kodifikation des schweiz. Privat- und Strafrechts. 1901, S. 13.

Sitzung der schweizerischen Gruppe der internationalen kriminalistischen Vereinigung am 4. Oktober 1902, an welcher Referate von W. Burckhardt und E. Hafter über das Thema „Kriminalpolitische Anforderungen an das schweizerische Civilgesetzbuch" vorlagen.[1]) In der diesen Referaten sich anschliessenden Verhandlung ist denn auch die Anregung gemacht worden, die Frage der Uebereinstimmung der Begriffe als Diskussionsmaterie für den schweizerischen Juristenverein aufzunehmen.

Ob sie sich für diesen Zweck wohl eignet, steht nicht ausser Zweifel; jedenfalls sind verschiedene Momente vorhanden, welche ungünstig wirken und in Berücksichtigung zu ziehen sind, wenn das Referat der gestellten Aufgabe nur unvollkommen nachkommt. Einmal existiert, abgesehen von den Werken von Liszt, nur wenig Literatur, die sich mit dem gleichen Spezialgebiet direkt befasst; in Bezug auf schweizerisches Recht mögen hauptsächlich die einschlägigen Arbeiten von Stooss[2]) und Martin,[3]) sowie die oben citierten Referate angeführt werden. Ferner liegt das Thema nicht bloss dem Referenten „abseits vom Wege" und auf einem Boden, der in der Regel nur von Kriminalisten beackert wird, sondern dazu noch auf einem Gebiete, das keinen sichern Grund und wenig feste Stützpunkte gewährt. So müsste man denn auch, um zu theoretisch sicheren Resultaten zu gelangen, über jeden der einzelnen in Frage kommenden Grundbegriffe ganze Bände schreiben, währenddem es sich hier nur um Aufstellung kurz gefasster Gesichtspunkte zur Vorbereitung der Diskussion handeln kann. Das Thema steht endlich nicht allein zum grössern Teil auf dem Boden der Theorie, es hat dazu noch für den

---

[1]) Abgedruckt in Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht Bd XV. S. 233 ff.

[2]) Stooss, Das Verhältnis der civilrechtlichen Haftbarkeit nach Art. 50 ff. des schweiz. Obligationenrechts zum kantonalen Strafrechte, insbesondere bei Pressdelikten, Referat für die Verhandlungen des schweiz. Juristenver. 1886. Vergl. auch das Korreferat von van Muyden in Zeitschrift für schweiz. Recht Bd 27, S. 650 ff.

[3]) Martin, De la responsabilité résultant des délits d'après le code fédéral des obligations, in Zeitschr. für schweiz. Recht. Bd 30, S. 1 ff.

Mann der Praxis keinen unmittelbaren Wert, da sein Ziel direkt bloss auf Beleuchtung von Fragen gesetzgeberischer Natur gerichtet ist. Dessenungeachtet darf doch der Hoffnung Raum gegeben werden, dass ihm auch die Praktiker ihre Aufmerksamkeit nicht entziehen; denn insbesondere sind diejenigen, welche täglich Civil- und Strafrecht nebeneinander oder miteinander anzuwenden haben, im Falle, die nachstehenden Ausführungen in vorteilhaftester Weise zu ergänzen, indem sie Auskunft geben können über die Funktion der Begriffsbestimmungen hinsichtlich detaillierter Punkte, über die Friktionen, die sich bei Nichtübereinstimmung ergeben und über die Vor- und Nachteile, die von der Gleichsetzung der Begriffe im einzelnen zu erwarten sind.

Dem angedeuteten unmittelbaren Zweck des Themas entspricht es, wenn hauptsächlich nur auf die Formulierungen derjenigen Gesetzgebungsarbeiten Bezug genommen wird, die im Mittelpunkt der gegenwärtigen kritischen Betrachtung stehen, des neu erschienenen Strafgesetzentwurfes (St. G. E.) einerseits, des zu revidierenden Obligationenrechtes und des Civilgesetzentwurfes (C. G. E.) anderseits. Im fernern mag betont werden, dass es nicht in der Aufgabe des Referates liegt, die Berührungspunkte zwischen Civilrecht und Strafrecht im allgemeinen zu behandeln, wenn man auch nicht davon wird Umgang nehmen können, über das Verhältnis beider Rechtsgebiete zu einander sich von vorneherein Rechenschaft zu geben. Ausser Betracht fällt an und für sich die Frage, auf welche Weise das Civilrecht das Strafrecht zu unterstützen habe und umgekehrt; ausser Betracht fallen ferner auch spezielle Institute, die in beiden Gebieten in mehr oder weniger gleicher Ausgestaltung vorkommen, wie z. B. die Zwangserziehung. Zu berücksichtigen sind nur die Grundbegriffe, d. h. solche Begriffe, welche zum mindesten im Civilrecht dem allgemeinen Teil angehören und welche in juristisch-technischer Weise verwendet werden. Auch von diesen Grundbegriffen können einzelne weniger wichtige weggelassen werden, da es sowieso gegenüber der unvermeidlichen verstückelten Betrachtung schwer hält, die allgemeinen Gesichtspunkte zur Geltung zu bringen.

Innerhalb des in dieser Weise abgesteckten Rahmens erschien es angemessen, den Stoff in vier Kapitel einzuteilen. Im ersten Kapitel wird es sich darum handeln, das gegenseitige Verhältnis zwischen Civil- und Strafrecht zu erörtern, um damit feste Grundlagen und leitende Grundsätze hinsichtlich der Gemeinsamkeit zu gewinnen. Im zweiten Kapitel ist die Wünschbarkeit der Uebereinstimmung in allgemeiner Weise zu betrachten. Das dritte Kapitel, welches naturgemäss das längste sein wird, muss der Erledigung der einzelnen Begriffe gewidmet sein; es wird dabei sowohl die Frage der Wünschbarkeit wie auch der Ausführbarkeit der Uebereinstimmung in Bezug auf spezielle Punkte zur Sprache gelangen. In einem vierten und Schlusskapitel soll endlich kurz das Resultat zusammengefasst werden.

Erstes Kapitel.

Verhältnis von Strafrecht und Civilrecht zu einander.[1])

§ 2. Im allgemeinen.

I. Unsere Aufgabe scheint es zu erfordern, dass nicht bloss die einzelnen Begriffe, die sowohl in den Civil- wie in den Strafgesetzen vorkommen, nebeneinander gehalten und auf ihre Uebereinstimmung geprüft werden, sondern dass auch das Gesamtverhältnis des Civilrechtes zum Strafrecht nicht unbeleuchtet bleibe, wobei sich von selber die Wechselwirkungen zwischen beiden Rechtszweigen zeigen werden. Handelt es sich doch nicht bloss darum, einzelne technische Ausdrücke, welche in verschiedenen Rechtskategorien eine Rolle spielen, zu vergleichen; es wäre ja möglich, dass nur eine ganz äusserliche Uebereinstimmung in Bezug auf die Terminologie existierte; vielleicht besitzen Civil- und Strafrecht ganz getrennte Aufgaben, so dass es nichts oder wenig zu sagen hat,

---

[1]) Vergl. insbesondere: Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie Bd I, S. 83 ff. Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, II. Binding, Die Normen und ihre Uebertretung I, S. 132 ff. Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. A. Merkel, Gesammelte Abhandlungen Bd II, 1. S. 236, 373 ff. und Jur. Encyklopädie. Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht.

wenn jedes von ihnen seine eigenen Wege wandelt, ohne das andere im Auge zu behalten und ohne auf äussere und innere Einheit der Grundbegriffe zu dringen. Vor allem müssen wir uns darüber klar werden, welche gemeinsame Basis Civil- und Strafrecht besitzen, welche Begriffe sich schon in dem gemeinsamen Gebiete finden, wo die Trennung beginnt, welche Faktoren die Scheidung bedingen und welche gemeinsame Beziehungen auch nach der Trennung bestehen.

Eine Schwierigkeit steht allerdings von Anfang an im Wege, welche nicht bloss nebensächlicher Natur ist, sondern wesentlich Schuld trägt, dass die innere Konkordanz von Civil- und Strafrecht überhaupt zur Frage kommt und nicht da als selbstverständlich erscheint, wo äusserlich Uebereinstimmung herrscht; es ist dies der Mangel einer festen, allgemein anerkannten Terminologie, die Mehrdeutigkeit und Unabgeklärtheit gerade der wichtigsten allgemeinen Begriffe, wie Recht, Gesetz, Rechtssatz, Unrecht, Schuld u. s. w. Wohl hat jeder einzelne Rechtszweig sein System sich zurechtgezimmert und seine Hauptbegriffe herausgearbeitet, aber es fehlt an ausreichender rechtsphilosophischer Arbeit, um die nötige Verbindung herzustellen und die Elemente des Rechtes nicht bloss stückweise und im Lichte eines bestimmten Rechtsgebietes klarzulegen. Diese Schwierigkeit darf jedoch nicht abschrecken. Allerdings kann es hier nicht unsere Aufgabe sein, auch nur den Versuch zu machen, sie direkt zu überwinden; langsam und mühsam wird sich in kommender Zeit die insbesondere durch Bindings Normen inaugurierte Aufhellung vor unseren Blicken vollziehen. Wir müssen die Begriffe vorläufig ohne scharfe Kontouren, ohne eine abschliessliche Einstellung in die allgemeine Systematik so nehmen, wie sie von Gesetz und Praxis gegenwärtig ihrem Kern nach aufgefasst werden. Dass dabei keine inhaltliche Uebereinstimmung in der Anschauung der verschiedenen Rechtszweige herrschen wird, lässt sich ziemlich sicher vermuten. Allerdings da, wo unsere Gesetzgebung von der Doktrin wenig beeinflusst war, hat man wahrscheinlich auch die Begriffe in den verschiedenen Gebieten mehr oder weniger einheitlich verwendet; ebenso dort,

wo man in einem Spezialgesetz civilrechtliche und strafrechtliche Rechtssätze eng verbunden nebeneinander stellte, wie z. B. in unseren Urheberrechtsgesetzen. In der umfassenderen neuern Legislatur dagegen lehnte man sich oft an bestimmte Richtungen in der Doktrin an, welche die Begriffe einseitig und nur für ihren Zweck ausgestaltet haben. Da, wo eine Uebereinstimmung notwendig oder wünschbar erscheint, kann sie leider nach dem Gesagten nicht dadurch erzielt werden, dass man aus der allgemeinen Rechtslehre einen Begriff herholt; wohl aber lässt sie sich vielleicht durch Vergleichung zu Gunsten der bessern Fassung oder aber durch Unterordnung unter die Anschauung des in Bezug auf das betreffende Rechtsverhältnis praevalierenden Gebietes erreichen. Gerade von letzterm Gesichtspunkt aus ergibt sich die Notwendigkeit, das Verhältnis von Civil- und Strafrecht im allgemeinen und für die Hauptfälle festzustellen.

II. Das Strafrecht steht einmal als Unterart des öffentlichen Rechtes dem Civilrecht gegenüber. Fassen wir vorerst den Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht ins Auge, so ergibt sich ein solcher aus dem Inhalt der Rechtssätze, beziehungsweise der Rechtsverhältnisse, welche dieselben zu regeln bestimmt sind. Handelt es sich um das Verhältnis koordinierter Einzelner, stehen individuelle Interessen anderen, gleichartigen gegenüber, so liegt Privatrecht vor, währenddem der Rechtssatz ein öffentlich-rechtlicher ist, sofern auf einer oder auf beiden Seiten des Rechtsverhältnisses das Gemeinwesen oder öffentliche Interessen stehen. Dabei ist jedoch nicht ausser Acht zu lassen, dass die Grenze zwischen Civilrecht und öffentlichem Recht keine feste ist, sondern je nach der herrschenden Anschauung über individuelle Freiheit, soziale Pflichten, Sittlichkeit u. s. w. verschoben wird. Die Privatrechtsgesetze sind mannigfach mit Rechtssätzen durchsetzt, welche materiell dem öffentlichen Recht angehören, indem sie das öffentliche Interesse vorwiegend im Auge haben und oft auch jus cogens enthalten, so vornehmlich im Familienrecht; [1]) gelegentlich dürften auch mitten im Civilrecht drin verstreut

[1]) Vergl. Schepp, Das öffentliche Recht im B. G. B. 1899.

strafrechtliche Bestimmungen zu finden sein.[1]) Bekannt ist endlich die moderne Tendenz, ganze Gebiete von dem Boden des Privatrechts loszulösen und in die Sphäre des öffentlichen Rechtes hinüberzuführen (Haftpflicht und Versicherung).

Wenn sich das Strafrecht als Teil des öffentlichen Rechtes vom Civilrecht dadurch unterscheidet, dass es in erster Linie nicht den Schutz privater, sondern öffentlicher Interessen bezweckt, so ist damit nicht gesagt, dass es nicht mittelbar auch subjektive Rechte, private Interessen, schützt, insoweit nämlich das öffentliche Interesse diesen Schutz erheischt. Hier stossen wir also auf gemeinsamen Boden, auf zwei Kreise, die sich schneiden; ausserhalb des gemeinsamen Teiles liegen beim Privatrecht diejenigen Rechtssätze, die sich lediglich auf solche private Interessen beziehen, mit denen sich das öffentliche Recht mangels allgemeinen Interesses nicht beschäftigt; beim Strafrecht fallen diejenigen Rechtssätze ausser Betracht, welche mit dem Schutz privater Interessen nichts zu tun haben.

Suchen wir innerhalb des gefundenen gemeinsamen Gebietes nach einer weitern Abgrenzung, nachdem wir bereits eine solche nach der Art der zu schützenden Objekte nicht als durchschlagend befinden mussten. Unrichtig wäre es, hier schon einen Unterschied im Zweck zu suchen, und abzulehnen ist ferner die Meinung, dass das Privatrecht insbesondere präventiv, das Strafrecht repressiv zu wirken habe; das Privatrecht beschäftigt sich nicht bloss mit Rechtsverletzungen, und da wo es dies tut, nicht allein im präventiven, sondern ebensowohl im repressiven Sinn; und dass die Prävention im Strafrecht eine wichtige Rolle spielt, braucht wohl kaum betont zu werden. Unzutreffend erscheint es ferner, wenn man sagt, dass sich das Strafrecht vorwiegend mit dem Täter, das Civilrecht dagegen mit dem Verletzten befasse; denn ersteres schützt oder befriedigt mittelbar auch die Interessen des Verletzten, es kann ihm sogar den Anspruch auf Privatstrafe geben; und das Civilrecht regelt die Folgen der Normverletzung ebensowohl hinsichtlich des Täters als des Verletzten.

---

[1]) Vergl. z. B. C. G. E. Art. 139, 3. Abs.

Hingegen ist ein weiteres einschränkendes Moment darin zu erblicken, dass sich das Privatrecht mit den Rechtsgeschäften als solchen sowie weitern juristischen Tatsachen, wie auch mit den Rechtsverletzungen und ihren Folgen, das Strafrecht dagegen nur mit den letzteren beschäftigt. Wir können also das gemeinsame Gebiet weiter dahin eingrenzen, dass unter dasselbe nur diejenigen Rechtssätze civilistischen und strafrechtlichen Charakters fallen, welche private Interessen vor Verletzung schützen. Mit den Rechtsfolgen der Rechtsverletzungen, des Unrechtes haben wir es also in beiden Fällen zu tun. Und zwar kann die Rechtsverletzung sowohl eine ausserkontraktliche als eine solche im Kontraktsverhältnis sein, wenn gleich die erstere für uns beinahe einzig in Betracht fällt, da die Bestrafung des Kontraktbruches eine Ausnahme ist. — Behufs genauerer Grenzbereinigung dürfen wir auch einen andern Punkt nicht ausser Acht lassen. Es existiert nämlich eine Kategorie von Rechtsverletzungen, bei welchen kein subjektives Unrecht vorliegt; diese Fälle des sogen. objektiven Unrechts erzeugen nur privatrechtliche Folgen und fallen für das Strafrecht ausser Betracht. Umgekehrt gibt es eine Gruppe, wo zwar subjektives Unrecht vorhanden und die Rechtsverletzung gegen eine privatrechtliche Norm gerichtet ist, allein da sie keinen Erfolg hatte und von keinem Schaden begleitet war, liegt meistens kein Delikt im privatrechtlichen Sinne vor. Allerdings nicht in jedem Fall; denn einmal kann ein ernstlicher Angriff auf die Persönlichkeit vorhanden sein; sodann bringt oft ein blosser Versuch eine Beeinträchtigung des Rechtsgutes in seiner ungestörten Existenz mit sich und vermag schädlich zu wirken. Dasselbe ist zu sagen von den sogenannten Gefährdungsdelikten; auch sie können in dieser Weise Schaden verursachen und demgemäss die Ersatzpflicht zur Folge haben. — Von diesen Ausnahmen abgesehen darf konstatiert werden, dass der Begriff des Deliktes auf dem Gebiete des Civilrechtes und Strafrechtes prinzipiell derselbe ist, nämlich die schuldhafte und rechtswidrige Verletzung fremder Interessen. Aus der Gemeinsamkeit dieses Tatbestandes scheint sich auch zu ergeben, dass die demselben angehörenden allgemeinen Begriffe übereinstimmen müssen.

III. Innerhalb des so abgegrenzten Gebietes deliktischer Rechtsverletzungen unterscheiden sich Civil- und Strafrecht jedenfalls nicht durch die Verschiedenheit der Normen, denen zuwidergehandelt wurde; dieselbe Norm ist oft sowohl im Civilrecht wie im Strafrecht ausgedrückt. Auch kann nicht ohne weiteres gesagt werden, dass die Differenz in der Verschiedenheit des Zweckes liege; die Rechtssätze beider Kategorien sind aufgestellt um der Befriedigung des Gerechtigkeitsgedankens und um des Interessenschutzes willen; das Strafrecht bezweckt, sowohl das öffentliche wie das private Interesse zu schützen, und selbst da, wo bloss private Folgen an eine Rechtsverletzung geknüpft sind, wird das öffentliche Interesse durch die Aufrechterhaltung der civilrechtlichen Ordnung mehr oder weniger gewahrt; in dieser Beziehung stehen Civil- und Strafrecht in enger Wechselwirkung. Ebensowenig liegt das trennende Moment in der Verschiedenheit der Verletzung, des Unrechts, so dass etwa alles vorsätzliche Unrecht dem Strafrecht, das fahrlässige bloss dem Civilrecht zuzuweisen wäre.

Wohl dagegen ist der Ansicht beizupflichten, dass je nach dem Erfolg, den die deliktische Handlung verursacht, zu unterscheiden ist zwischen Rechtsverletzungen, die ihrer Natur nach eine dem Verletzten direkt zu Gunsten kommende, materielle Ausgleichung des widerrechtlichen Zustandes zulassen, die reparabel sind, und solche, welche irreparabel sind, indem der in ihnen liegende Angriff nur eine ideelle Vergeltung zulässt. Wann aber die Reparation nicht genügt, wann neben ihr noch eine strafrechtliche Reaktion erforderlich erscheint, kann nicht absolut bestimmt werden; möglich für den Gesetzgeber ist letztere in allen Fällen, denn immer wird durch die Verletzung eines privaten Interesses auch das öffentliche Interesse mittangiert. Oft erachtet man jedoch die Ausgleichung der Rechtsverletzung durch die Reparation als genügend; man wird also die Strafe nur dann eintreten lassen, wenn durch die Rechtsverletzung das öffentliche Interesse in verstärktem Masse und unmittelbar mitverletzt erscheint, so dass eine ideelle Ausgleichung sich als nötig aufdrängt, da hier die Reparation nicht möglich ist. Ob man hiezu übergeht, ist wesentlich abhängig von der

Anschauung über Grad und Stärke der Verletzung, welche der Staat in der Verschiedenheit der Rechtsfolgen ausdrückt.

Hier also gehen beide Gebiete definitiv auseinander, indem die primären Normen des Strafrechts durch strafrechtliche, die primären Normen des Civilrechts durch civilrechtliche oder öffentlich-rechtliche Folgen nicht strafrechtlicher Natur sanktioniert sind. Wenn aber nur die Art der Folgen, nur die Eigenart des Interessenschutzes massgebend ist, so ergibt sich auch ohne weiteres, dass wir vergebens nach einer allgemeinen Regel suchen, welche für alle Fälle massgebend bestimmt, wo bloss civilrechtliche, wo auch strafrechtliche Folgen eintreten müssen. Jede Rechtsverletzung, mit Ausnahme der Fälle des sogenannten objektiven Unrechts, ist straffähig, ob sie aber bestraft wird, ist davon abhängig, dass der Gesetzgeber sie als strafrechtserzeugend anerkennt. Die Grenze wird also lediglich nach Ermessen des Staates durch positive Bestimmungen gezogen und ein kurzer Blick auf die letztern genügt, um zu sehen, dass die Grenzlinien keineswegs in konstanter Richtung, sondern in starken Zickzacklinien laufen. Weshalb diese Inkonstanz vorherrscht, ist noch nicht genügend ergründet; teils wirken Ueberreste einer im allgemeinen gewichenen rigorosern Auffassung ein, teils der plötzliche Umschlag des öffentlichen Gerechtigkeitsgefühls, teils sehen wir, wie Rechtsgüter, die noch vor kurzem um ihre Anerkennung haben ringen müssen, nun vom Gesetzgeber besonders scharfen Schutz erhalten, um ihre Existenzberechtigung deutlich hervorzuheben.

IV. Der Vollständigkeit halber müssen wir noch darauf hinweisen, dass das gemeinsame Gebiet einer Erweiterung bedarf. Es gibt nämlich in den Civilgesetzbüchern Normen, die überwiegend öffentliche Interessen betreffen, also materiell öffentlich-rechtlicher und nur formell civilrechtlicher Natur sind, so die Rechtssätze betreffend den Personenstand, die Monogamie, die Vormundschaftsorganisation, das Grundbuch. Die Verletzung dieser Rechtsgüter bringt meist auch civilrechtliche Folgen mit sich, daneben ergeben sich häufig öffentlich-rechtliche Folgen und öfters auch speziell strafrechtliche, so dass also auch diese Art der inhaltlich überwiegend öffent-

lich-rechtlichen Rechtssätze des Civilrechts auf dem gemeinschaftlichen Boden liegt, aber immerhin im Folgenden nur ausnahmsweise zu berücksichtigen sein wird.

V. Haben wir festgestellt, dass sich Civil- und Strafrecht durch die Art der Rechtsfolgen, welche bei der Verletzung privater Interessen eintreten, unterscheiden, so wird es sich für die Klarlegung des beidseitigen Verhältnisses lohnen, wenn wir im folgenden Paragraphen auf diese Rechtsfolgen, insbesondere die beiden Hauptkategorien, Strafe und Schadenersatz, näher eintreten. Erst durch die Gegenüberstellung dieser beiden Eckpfeiler der Lehre von den Unrechtsfolgen gewinnen wir ein Bild der gegenseitigen Beeinflussung. Immerhin darf hier schon darauf hingewiesen werden, dass das Strafrecht in unserm Gebiete gegenüber dem Civilrecht eine bloss sekundäre Rolle spielt und accessorischen Charakter hat. Private Interessen sind normalerweise immer vom Civilrecht geschützt; der verschärfte Schutz des Strafrechts dagegen setzt nur teilweise ein; ob er statuiert wird, hängt lediglich ab von Zweckmässigkeits- oder Gefühlsgründen, und im allgemeinen tritt mit dem Wachsen und Erstarken der Rechtsordnung die Strafe zurück, die civilrechtliche Ausgleichung der Rechtsverletzung wird in zunehmendem Masse als hinreichend angesehen. Wenn es in früheren Zeiten umgekehrt war, wenn z. B. in der germanischen Periode das Strafrecht fast allein auf dem Plan stand, so ergibt sich hieraus, dass man nicht etwa aus der im modernen Rechte primären Rolle des Civilrechts folgern darf, das Strafrecht sei auch in allen Teilen von ihm abhängig, soweit es das gemeinsame Gebiet betreffe, und müsse gleichsam als Untertan des Privatrechts seine wichtigsten Begriffe von ihm entnehmen.

§ 3. Insbesondere Strafe und Schadensersatz.

I. Fassen wir die Strafe auf als ein Uebel, welches vom Staat dem Schuldigen für seinen irreparablen Rechtsbruch auferlegt wird, so müssen wir als Arten der Strafe nicht nur die gewöhnlichen öffentlichen Strafen in Betracht ziehen, sondern auch zwei andere Unterarten, welche anscheinend nähere Be-

ziehungen zum Privatrecht haben, nämlich die Verwirkung und die Privatstrafe. Die Verwirkung ist dadurch gekennzeichnet, dass als unmittelbare Folge der Normwidrigkeit zur Strafe der Verlust eines Rechtes oder der partiellen Rechtsfähigkeit eintritt; auch private Rechte sind oft Objekte der Verwirkung, allein dessenungeachtet können wir hier doch nicht von privatrechtlichen Folgen der Rechtsverletzung sprechen, weil derjenige, der Nutzen aus der Verwirkung zieht, über den Eintritt der Folgen nicht bestimmen kann, also kein privatrechtliches Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Delinquenten entsteht. Die Folgen treten immer ein als Uebel, unabhängig vom Schaden. Die Privatstrafe entzieht dem Delinquenten ein privates Rechtsgut und weist es dem Verletzten zu; sie erzeugt also einen Anspruch, über dessen Geltendmachung der Verletzte verfügen kann. Allein auch sie bedeutet Auferlegung eines Uebels, sie will nicht reparieren und ist vom materiellen Schaden unabhängig. Weder Verwirkung noch Privatstrafe spielen im heutigen Rechte eine nennenswerte Rolle.[1]) Die Busse, welche im deutschen Strafprozess erhebliche Bedeutung hat, sieht allerdings der Privatstrafe sehr ähnlich, ist aber rein civilistischer Natur.

Den strafrechtlichen Folgen stehen diejenigen gegenüber, welche als Folgen der Reparationsverbindlichkeit bezeichnet werden, indem sie nicht dem Delinquenten ein Uebel zufügen, sondern das dem Verletzten entstandene Uebel heilen wollen. Sie sind zum grössten Teil privatrechtliche, so die Verpflichtung zur Entschädigung und der Zwang zur nachträglichen Erfüllung. Als besondere Arten sind anzuführen der absolute Scheidungsgrund gemäss Art. 46 lit. b des Civilstandsgesetzes, die

---

[1]) Verwirkung liegt z. B. darin, dass der Brandstifter den Versicherungsanspruch nicht geltend machen darf, ferner in dem infolge entehrender Handlung eintretenden Verlust der Fähigkeit, Zeuge oder Vormund zu sein. Als civilrechtliche Bestimmungen, in denen man eine Verwirkung erblicken kann, sind O. R. Art. 237, 244, 246, 259, 427, 441, 443, 738, 750, Eisenbahnhaftpflicht-Gesetz Art. 4 und Fabrikhaftpflicht-Gesetz 5 b zu nennen; auch in den Fällen, wo im O. R. das Recht zum Rücktritt vom Vertrag eingeräumt oder wo ein Gefahrsübergang statuiert wird, steckt vielleicht ein strafrechtliches Moment.

Statusfolgen bei verbrecherischer Beiwohnung gemäss C. G. E. Art. 347, der Berichtigungsanspruch bei Urkundenfälschung u. s. w. Die wichtigste Kategorie ist unbedingt diejenige der Schadensersatzverbindlichkeit, welche praktisch oft kaum von der Strafe unterschieden werden kann und deshalb näher betrachtet werden muss.

II. In scharfer Weise ist von Binding der prinzipielle Unterschied zwischen Strafe und Schadensersatz, insbesondere gegenüber Merkel, der die Verwandtschaft beider als Rechtsfolgen des Unrechts vertritt, hervorgehoben worden. Wenn nun auch der qualitative Unterschied zugegeben werden muss — hier Vergeltung für einen irreparablen Rechtsbruch, dort Reparation eines dem Rechte widerstreitenden Zustandes — so ist doch Binding durch seinen Zweck zu einer einseitigen Auseinanderreissung von an und für sich Nahestehendem geführt worden. Dass Strafe und Schadensersatz verwandt sind und sich sowohl vereinigen wie ablösen können, darauf weist die Funktion der Privatstrafe im römischen und germanischen Recht hin, weiter die Ablösung der Strafe durch den Schadensersatz im Verlaufe der römischen Rechtsentwicklung, wobei immer noch die Schadensersatzfolgen sekundär-pönalen Charakter tragen, endlich auch der Streit über das Wesen des Schadensersatzes auf dem Boden des gemeinen und des modernen Rechts, insbesonder ein Bezug auf den Ersatz des sogen. immateriellen Schadens.

Die gleiche Kontroverse ergab sich hinsichtlich der Natur des Schadensersatzes aus Delikten gemäss O. R. Art. 50 ff. Von massgebender Bedeutung in dieser Beziehung war das Referat von Stooss am Juristentag 1886, dessen Ausführungen, dass die Ansprüche aus Art. 50 wie auch aus Art. 54 und 55 O. R. keinen strafrechtlichen und bloss civilistischen Charakter tragen, man sich im allgemeinen angeschlossen hat.[1] Immerhin kann man der entgegengesetzten Anschauung nicht jede

[1]) Ausnahmsweise sprach sich bekanntlich das Bundesgericht in B. E. XI S. 199 ff. dahin aus, dass die angemessene Geldsumme des Art. 55 doch wohl nebensächlich auch eine gewisse Straffunktion gegenüber dem Beschädiger auszuüben bestimmt sei.

Berechtigung absprechen und wird sich eine sichere Funktion von Art. 50 und 55 O. R. nicht ergeben, so lange man nicht in der Praxis oder sogar in der Gesetzesformulierung selber die Grenzen zwischen Strafe und Schadensersatz besser abgesteckt und Klarheit darüber gewonnen hat, wie weit der Schadensersatz gehen soll. Vier Punkte sind es namentlich, die vorderhand noch zu wenig bestimmt hervortreten und Anlass geben, das Grenzgebiet zu einem unsichern zu gestalten:

1. Art. 51 O. R. stellt in Bezug auf die Bemessung des Schadensersatzes nicht bloss auf das objektive Moment, sondern auch auf das subjektive des Verschuldens ab. Dadurch wird selbstverständlich eine Art Doppelbestrafung ermöglicht und der Grundsatz, dass der Schadensersatz sich naturgemäss nach der Grösse des angerichteten Schadens zu bemessen habe, von seiner führenden Stelle hinuntergedrückt.[1]) Obschon in der praktischen Anwendung des Art. 51 keine grossen Uebelstände sichtbar zu Tage getreten sind, so dürfte es sich doch in Hinsicht auf die grosse Anzahl unserer Laienrichter empfehlen, nicht nur die Arglist oder grobe Fahrlässigkeit (Art. 54, vergl. auch Art. 116 Abs. 3 O. R.) mit schwereren Folgen auszuzeichnen, sondern auch die Fälle der sogen. objektiven Schadenshaftung zusammenfassend und denjenigen der Haftung aus Delikt gegenüberstellend mit einer entsprechend niedrigern Haftgrenze zu versehen, über die „in der Regel“ nicht gegangen werden sollte. Nach dieser Gegenüberstellung und besseren Hervorhebung der beiden Unterarten der Schadensersatzpflicht würde auch eher betont werden können, dass wir das Wesen des Schadensersatzes nicht in der Strafe, sondern in der Reparationsfunktion zu suchen haben. Der Richter soll vom Gesetz davon abgehalten werden, entweder über den Schaden hinauszugehen und dem Ersatz eine Straffunktion beizumessen, oder aber, was wohl noch häufiger der Fall

---

[1]) Wenn Jhering, Schuldmoment, S. 54 ff. vom Standpunkt des römischen Rechtes aus das Gleichgewicht zwischen Schuld und Strafe hervorhebt, so tut er dies mit vollem Recht, indem der Römer eben dem Schadensersatz sekundär-pönalen Charakter beimass.

sein wird, auf Grund seines Ermessens den Ersatz in den nicht qualifizierten Fällen niedriger anzusetzen als den Schaden.

2. Art. 50 O. R. hat als Voraussetzung der Schadensersatz pflicht nicht bloss den Schaden an körperlichen Sachen im Auge, sondern auch denjenigen an immateriellen Gütern,[1]) soweit sie zum Vermögen gehören. Handelt es sich dagegen um eine Verletzung der Persönlichkeit, um ein eigentliches Individualrecht, im Gegensatz zu einem im Vermögensrecht stehenden sogenannten Immaterialgut, so kommt bloss Art. 55 zur Anwendung. Nicht dagegen soll Art. 55 da gebraucht werden, wo ein Immaterialgüterrecht verletzt, jedoch der Schadensbeweis nicht möglich ist, was allerdings aus der schiefen Fassung des deutschen Textes nicht ganz klar hervorgeht. Der Unterschied zwischen der Verletzung von Persönlichkeitsrechten und von Immaterialgütern und damit auch zwischen Art. 50 und 55 scheint nun in der Praxis noch zu wenig deutlich hervorgehoben zu werden; so spricht z. B. das Bundesgericht in B. E. XX. 1037 ff., XXII. 175 ff., XXIII. 205 ff., XXIV. 714 ff. von Individualrechten, welche durch Art. 50 zu schützen seien; und in B. E. XX. 431 ff. ist sogar gesagt, dass die „angemessene Geldsumme“ des Art. 55 grundsätzlich Ersatz eines materiellen oder immateriellen Schadens gewähre, während doch nur ein Schaden letzterer Art nach diesem Artikel in Betracht fällt.

3. Die Schadensreparation soll nach Art. 50 ff. in der Weise erfolgen, dass ein Vermögensschaden ausgeglichen wird; es kann dies gemäss Art. 51 auf zwei Arten geschehen, sowohl durch spezifische Reparation, wie Schadensersatz in Geld oder Wiederherstellung des früheren Zustandes, oder aber durch ideelle Reparation, z. B. Publikation des Urteils. In den Fällen von Art. 54 und 55, wo kein Vermögensschaden vorliegt, ist nur ideelle Reparation möglich, welche regelmässig die Form der Geldentschädigung annimmt. Wir haben es hier

---

[1]) Nicht zuzustimmen ist demnach dem Urteil des Bundesgerichtes B. E. X. S. 569. So auch Stooss l. c. S. 55; zum Unterschied von Stooss S. 79 ff. möchten wir jedoch durch den Ausdruck immaterielle Rechte sowohl Persönlichkeitsrechte im engern Sinn, wie auch Immaterialgüterrechte umfasst wissen.

nicht mit einer Strafe, aber auch nicht mit der gewöhnlichen Art des Schadensersatzes zu tun.

Art. 54 und 55 sind in verschiedener Beziehung verbesserungsbedürftig. So ist es fehlerhaft, wenn Art. 54 nicht wie Art. 55 den Ausdruck „Vermögensschaden“ braucht; nicht richtig ist ferner, dass Art. 54 den Fall der culpa levis nur ausnahmsweise vorsieht, während es doch in den Schmerzen nicht zum Ausdruck kommt, ob die Körperverletzung dolos oder nur leicht culpos war, und es sich noch eher rechtfertigen würde, bloss den dolosen Angriff auf die Persönlichkeit mit Reparationspflicht zu belegen. Der ganze Art. 54 erscheint übrigens neben dem in Art. 55 ausgesprochenen Grundsatz der Verpflichtung zu ideellem Schadensersatz für immateriellen Schaden überflüssig. Was Art. 55 anbelangt, so fällt es auf, dass als Art der Reparation nur die Geldentschädigung genannt ist.[1]) Des fernern ist es nicht zu billigen, wenn der Richter bei Nachweis einer ernstlichen Verletzung der persönlichen Verhältnisse eine Entschädigung sprechen kann, nicht muss; es hängt dies vielleicht damit zusammen, dass man die Geldentschädigung nicht allseitig als angemessene Form der ideellen Reparation betrachtet. Sobald man jedoch die Persönlichkeitsrechte als private Rechte anerkennt, verdienen sie auch privatrechtlichen Schutz bei jeder Verletzung; der Passus „ernstlich verletzt“ darf höchstens deshalb stehen gelassen werden, damit der Richter nicht in Versuchung kommt, die Uebertreibungen der französischen Praxis nachzuahmen. Schliesslich möchten wir uns dagegen aussprechen, dass man die „angemessene Summe“ des Art. 55 als Genugtuung bezeichnet;[2]) der Ausdruck ist missverständlich, denn auch die auf das Delikt folgende Strafe bildet eine Genugtuung für den Verletzten;[3]) er verleitet auch den Richter, bei der Festsetzung der Summe

---

[1]) Die Praxis des bern. Obergerichts ist allerdings dazu gelangt, auch hier die Urteilspublikation auszusprechen.

[2]) So z. B. B. E. VIII. 806, XI. 204, XX. 431. Ebenso C. G. E. Art. 26.

[3]) Vergl. Revue Bd VI, S. 157, wo gesagt ist, dass die Genugtuung durch das Strafurteil erreicht werden soll; ebenso B. E. XX. S. 431 und L i s z t, Lehrbuch 230, Anm. 2.

weit mehr das Verschulden des Beklagten als die Grösse der Rechtsverletzung in Betracht zu ziehen. Der Ausdruck „Entschädigung" dürfte unzweideutiger sein als „Genugtuung." (Vergl. auch B. G. B. Art. 847.)

4. Der Schutz der Persönlichkeit ist in Art. 26 des C. G. E. in einer Form ausgedrückt, welche die Bestimmungen des Art. 55 O. R. verbessert und verallgemeinert.[1]) Unzweifelhaft wird sich auf Grund dieses Art. 26 eine reiche und in ihrer Ausdehnung noch unübersehbare Praxis entwickeln. Da immerhin die für ihre Zeit sehr fortgeschrittenen Bestimmungen von Art. 55 O. R. die Grundlage bilden, so mag es gestattet sein, auf ihre Funktion in der schweizerischen Praxis noch einen kurzen Blick zu werfen.

Es ist bemerkenswert, dass man nicht nur auf Grund von Art. 54 O. R. und 7 Eisenbahn-H.-G. neben dem Ersatz für körperliche Schädigung auch solchen für immateriellen Schaden leistet, sondern dass die Praxis in begrüssenswerter Weise dazu übergegangen ist, Art. 50 und 55 auch nebeneinander anzuwenden, nämlich da, wo in der Verletzung eines Vermögenswertes zugleich auch eine Verletzung der persönlichen Verhältnisse liegt,[2]) was insbesondere bei dolosem Angriff regelmässig der Fall sein wird, so z. B. bei Kreditschädigung, böswilliger Eigentumsverletzung u. s. f. Dagegen ist man infolge der engen Fassung und Auffassung des Art. 55 noch nicht dazu gelangt, ihn auch bei Vertragsverletzungen anzuwenden;[3]) und doch kann in der Vertragsverletzung oder Verletzung gesetzlicher Pflichten neben der vermögensrechtlichen Benachteiligung eine intensive Missachtung der Persönlichkeit des Kontrahenten, eine grosse Schnödigkeit gegen ihn zum Ausdruck kommen, welche durch die Verpflichtung

---

[1]) Wünschenswert wäre nur, anstatt „Genugtuung" „ideeller Ersatz" oder „Entschädigung" zu setzen.

[2]) Nach Binding, Normen I, S. 215 würde allerdings diese Berücksichtigung des Unglimpfs, den das Subjekt des Vermögens, nicht das Vermögen selbst, erlitten, Strafe bedeuten.

[3]) Vergl. z. B. E. XIX, S. 91. Eine Ausnahme wurde hier gemacht bezügl. Verlöbnisbruchklagen; vergl. B. E. XIX. 399, XX. 1133.

zum Ersatz des Vermögensschadens in keiner Weise ausgeglichen wird.[1])

Im fernern ist es auffällig, dass die Anwendung des Art. 55 für Fälle von einfacher Ehrverletzung meistenteils, oft aber auch für solche von Kreditschädigung oder Verläumdung abgelehnt wurde. Man sollte meinen, wenn ein privates Rechtsgut sogar strafrechtlichen Schutz geniesse, so werde es selbstverständlich auch und in erster Linie civilrechtlich sanktioniert; wenn die Verletzung für tiefgehend genug angesehen wird, um bestraft zu werden, dürfte sie auch im civilrechtlichen Sinn „ernstlich" genug sein.[2])

Verschiedene Umstände sind es, welche die letztere Anschauungsweise bisher nicht zum Durchbruch kommen liessen. Einmal ist man noch nicht zu einer rückhaltlosen und bewussten Anerkennung des Rechtes auf Achtung der Person als privates Recht gelangt, man misst oft die Rechtsverletzung nicht mit dem objektiven Masstab, sondern mit dem subjektiven des „schweren Leides," obschon letzterer Begriff gar nicht in Art. 55 enthalten ist. Des weitern hat man oft den Ausweg, zwecks Reparation der Ehrverletzung eine Geldentschädigung anzunehmen, als unschicklich bezeichnet. Es ist dies nun eine Frage der Sitte, des Geschmacks, über die sich schwer streiten lässt; jedenfalls aber entspricht diese Art der Reparation dem Volksbewusstsein, sie ist vor der Herrschaft des römischen Rechts und des Polizeistaates die allgemein übliche gewesen und wird auch heute, trotz der ihr ungünstigen Doktrin, vielfach der Geltendmachung des Strafanspruches vorgezogen. Und dies nicht etwa bloss deshalb, weil hie und da die Tendenz herr-

---

[1]) Binding, Normen I, S. 209 weist darauf hin, dass, sobald man Strafe und Schadensersatz als etwas verwandtes annehme, es widerspruchsvoll sei, die Widerrechtlichkeit in kontraktlichen Verhältnissen prinzipiell straflos zu lassen.

[2]) Ebenso kann man in Hinsicht auf B. E. XI. S. 89 behaupten, dass da, wo eine Ehrverletzung Vermögensschaden verursacht hat, sie gewiss regelmässig auch tief genug ist, um Art. 55 in Aktion zu setzen. — In B. E. XI. S. 203 ist richtig gesagt, dass der Tatbestand des Art. 55 ein viel weiterer ist als der der Ehrverletzung. Dies sollte nicht nur in Hinsicht auf die verletzte Person, sondern auch auf die Art der Rechtsverletzung gelten.

schen mag, Kapital aus der Rechtsverletzung zu schlagen, sondern insbesondere, weil der Verletzte im Civilverfahren die ihm angemessen erscheinende Stellung hat und die Busse dem Kläger weniger Satisfaktion gewährt, als eine ihm direkt zukommende Entschädigung. Endlich mag noch angeführt werden, dass man der Anwendung des Art. 55, der civilen Entschädigung, vielorts ausgewichen ist unter Hinweis auf den strafrechtlichen Schutz der Ehre, in der richtigen Tendenz, eine doppelte Satisfaktion bei geringfügiger Verletzung zu vermeiden.

III. Aus dem Ueberblick über das Grenzgebiet zwischen Strafe und Schadensersatz, namentlich aus der Betrachtung des 4. Punktes ergibt sich, dass als Rechtsfolge besonders geringerer Rechtsverletzungen oft nur Strafe eintritt, während eben so gut bloss eine civilrechtliche Reparation am Platze wäre; denn wie bereits betont wurde, bietet in leichtern Fällen die Reparation auch für das mitverletzte öffentliche Interesse hinreichend Genugtuung. Ferner könnte da, wo heute Schadensersatz und Strafe nebeneinander vorkommen, von letzterer in gewissen Fällen Umgang genommen werden, sofern nämlich die civilrechtliche Reaktion eine stärkere wäre und den speziellen Schutz der Persönlichkeit mehr hervortreten liesse.

Eine andere Frage ist die, ob man eine derartige Erweiterung der Domäne des Civilrechtes auf Kosten derjenigen des Strafrechtes für zweckmässig und für ethisch billigenswert hält, vor allem bezüglich des Schutzes der Ehre. Es scheint aber, dass die Civilisten, sobald sie einmal die Persönlichkeitsrechte voll und ganz in den Kreis der privaten Rechte aufgenommen haben, es konsequenterweise für natürlich und selbstverständlich ansehen müssen, wenn dieselben in erster Linie civilrechtlich geschützt werden und nur in den schwereren Fällen dazu noch strafrechtlich, während es heute in Bezug auf die Ehrverletzungen gerade umgekehrt ist. Und von seiten der Kriminalisten ergeht an das Civilrecht die Forderung, die „soziale Funktion“ der Schadensersatzpflicht näher in Betracht zu ziehen. Je mehr das Civilrecht sein Gebiet nach oben ausdehnt, je feiner es die Ersatzpflicht nicht bloss nach dem Grade der Schuld, sondern auch nach der

Verschiedenheit der Rechtsverletzung differenziert, desto weiter kann auch das Strafrecht zurücktreten. Angesichts der zweischneidigen Natur der Strafe wird jeder Fuss Boden, den das Civilrecht auf diese Art gewinnt, einen entschiedenen Vorteil im öffentlichen Interesse bedeuten. Auf diese Art und Weise können die kurzzeitigen Freiheitsstrafen, sowie die Privatklagen eingeschränkt, und ebenso verhindert werden, dass der Staat, indem er die Geldbusse geltend macht, dem Geschädigten die Einbringung seiner Schadensersatzforderung erschwert. In letzterer Richtung bringt allerdings Art. 39 St. G. E. eine Verbesserung, indem er eine teilweise oder ganze Zuerkennung der Busse an den Geschädigten vorsieht, sofern vom Täter voraussichtlich kein Schadensersatz erhältlich ist. Diese Allianz, welche Strafe und Schadensersatz in diesem Artikel eingehen, ist bezeichnend für ihr enges gegenseitiges Verhältnis. Wir können jedenfalls die an und für sich richtige Forderung, dass der Anspruch auf Schadensersatz aus dolosen oder grob-culposen Handlungen mit verschärften Exekutionsfolgen ausgestattet werde, niemals zur Einführung bringen. Dagegen dürfte es unter Rücksichtnahme auf Art. 39 St. G. E. angemessen sein, die Busse noch für weitere Fälle, als sie jetzt im St. G. E. bezeichnet sind, vorzusehen, z. B. für alle Vermögensdelikte.

Zweites Kapitel.

Die Wünschbarkeit der Uebereinstimmung der Begriffe.

§ 4.

Strafrecht und Civilrecht haben vielfach dieselbe Terminologie; damit ist gesagt, dass sich die Worte, noch nicht aber, dass sich auch die Begriffe decken; der Begriff der Schuld z. B. kann positiv-rechtlich in einem Gebiete eine ganz andere Bedeutung haben als im andern. Dass derartige Verschiedenheiten vorhanden sind, darf ohne weiteres vorausgesetzt[1]) werden.

[1]) Vergl. z. B. Entsch. d. Bundesger. vom 25. März 1903 in Zeitschr. d. Bern. Jur.-Ver. Bd 39, S. 492, wo in Bezug auf die Präjudizialität des

den und wird sich auch bei der Betrachtung der einzelnen Begriffe ergeben. Der Mangel der Uebereinstimmung kommt einmal davon her, dass beide Materien oft ohne Rücksicht auf einander und getrennt vorgehen, anstatt nach einer gemeinsamen Unterlage zu suchen; gleichzeitig ist er auch ein Beweis dafür, dass die vollständige Identität nicht unumgänglich notwendig, nicht logisch geboten erscheint; er kann endlich sogar als Anzeichen dienen, dass die Uebereinstimmung vielleicht oft gar nicht möglich sein mag.

Im folgenden wird der Versuch gemacht, die wichtigsten Gründe anzuführen, welche dafür sprechen, dass eine Uebereinstimmung erzielt werde.

I. Im allgemeinen. 1. In erster Linie fällt ein Moment hauptsächlich theoretischer Natur in Betracht, nämlich das Interesse der Rechtswissenschaft an einer möglichst einheitlichen allgemeinen Rechtslehre, an einem wohlgefügten Unterbau, der den einzelnen Spezialzweigen das sichere Fundament und die feste Verbindung gewährt. Das Recht ist nicht bloss ein Konglomerat verschiedener getrennter Gruppen von Rechtssätzen, sondern bildet eine höhere Einheit; was in den verschiedenen Zweigen gemeinsames an Grundbegriffen vorhanden ist, soll auch in einheitlicher Form auftreten; nur dann werden wir theoretische Befriedigung erhalten. Aber auch nur, wenn man der Einheit bewusst zustrebt, wird es möglich sein, die auf einem Gebiete zur Klärung und Vertiefung der Begriffe geleistete Arbeit ohne grosse Mühe auch für ein anderes nutzbar zu machen. Ebenso ist für den Rechtsunterricht die Uebereinstimmung äusserst wünschenswert; denn wenn die am häufigsten gebrauchten Begriffe im Civilrecht so, im Strafrecht anders definiert werden, entsteht leicht Verwirrung in den Köpfen;

Strafurteils für den Civilrichter gesagt ist: „Dabei ist dieser weder an die tatsächlichen Annahmen des ersteren, noch an dessen Würdigung der subjektiven Seite des Falles gebunden, ersteres deshalb nicht, weil die Feststellung des Tatbestandes im Civilprozess sich nach andern Regeln richtet, als im Strafprozess; letzteres nicht, weil die Begriffe der strafrechtlichen Schuld und der civilrechtlichen Fahrlässigkeit nicht überall und notwendigerweise übereinstimmen und ferner auch hinsichtlich der Zurechnung des Erfolgs die Regeln im Strafrecht andere sein können als im Civilrecht."

entweder sitzt keine der beiden auseinandergehenden Definitionen fest, oder aber die eine wird die andere verdrängen und auch in demjenigen Gebiete verwendet werden, für welches sie nicht aufgestellt worden ist und nicht passt.

2. Die letztberührten Uebelstände werden sich auch in der Praxis zeigen. Es ist insbesondere für Laienrichter eine sehr schwierige, fast unmöglich zu erfüllende Anforderung, denselben Terminus am selben Tage oder sogar noch im selben Falle einmal in seiner strafrechtlichen Bedeutung und sodann in seiner ähnlichen, aber immerhin etwas abweichenden civilrechtlichen Auffassung richtig zu handhaben. Gehen Civil- und Strafrecht in Bezug auf denselben Tatbestand in ihren Anschauungen über die Begriffe auseinander, so ist es möglich, dass das Urteil des Strafrichters in direktem Widerspruch zu demjenigen des Civilrichters ausfällt, insbesondere hinsichtlich der Schuldfrage. Zweifellos wird hiedurch die Autorität der Gerichte, das Vertrauen auf die Gerechtigkeit erschüttert; die Einwirkung subtiler Unterschiede in der Gesetzes-Formulierung und Auslegung auf die Differenzierung der Urteile ist dem Volke unfassbar. Demnach darf das Streben nach möglichster Uebereinstimmung als wichtiges Postulat der Rechtspflege bezeichnet werden.

3. Art. 39 des St. G. E. bestimmt, dass der Ertrag der Busse dem Geschädigten ganz oder teilweise als Schadensersatz zuerkannt werden kann, wenn der Ersatz des Schadens von dem Schädiger voraussichtlich nicht erhältlich ist (vergl. in Bezug auf die Folgen der Nichtbezahlung der Busse Art. 36); in diesem Falle hat der Strafrichter nur die Frage des Schadens nach civilrechtlichen Grundsätzen zu untersuchen, im übrigen wird er es in Bezug auf die Frage, ob ein zurechenbares Delikt vorliege, bei den strafrechtlichen Voraussetzungen bewenden lassen und nicht die civilrechtlichen noch besonders nachprüfen.

Es gibt im fernern einzelne Bestimmungen des positiven Rechts, welche die allgemeinen Begriffe des Civil- und des Strafrechts einander ohne weiteres gleichsetzen, woraus sich keineswegs Unzukömmlichkeiten ergeben haben; so sei ins-

besondere auf unsere Gesetze betreffend Schutz des geistigen und gewerblichen Eigentums verwiesen. Diese Gleichsetzung zeigt, dass der Gesetzgeber offenbar eine Uebereinstimmung der Begriffe als selbstverständlich vorausgesetzt hat; und in der Tat, entweder muss diese Identität vorhanden sein, oder aber, wenn dies nicht der Fall ist, so ist man genötigt, im Civilrecht selbst verschiedene Arten, z. B. des Begriffs der Fahrlässigkeit oder der Widerrechtlichkeit anzunehmen. Eine derartige Verschiedenheit der Begriffe innerhalb desselben Rechtsgebietes ist aber durchaus verpönt, und im Gegenteil als Regel anzunehmen, dass diejenigen Grundbegriffe, welche wir in Bezug auf Tatbestände verwenden, die sowohl civil- wie strafrechtliche Folgen nach sich ziehen, in gleicher Auffassung auch bei Delikten gegen öffentliche Interessen oder wiederum bei strafrechtlich irrelevanten Tatbeständen gebraucht werden. Können wir eine Uebereinstimmung der Begriffe in Civil- und Strafrecht erreichen, so wird dies gleichzeitig dazu dienen, in jedem der beiden Gebiete selbst die einheitliche Auffassung ausser Zweifel zu stellen.

4. Endlich mag noch ein Punkt hervorgehoben werden, der ebenfalls für die Wünschbarkeit einer möglichst weitgehenden Uebereinstimmung spricht. Die neueren Kodifikationsarbeiten anderer Länder haben meist Civilrecht und Strafrecht zeitlich getrennt in Angriff genommen und auch getrennt dargestellt. Bei uns dagegen fallen die Vorarbeiten zeitlich zusammen, und auch die Inkraftsetzung wird hoffentlich Schlag auf Schlag erfolgen. Bereits hat man den schönen und volkstümlichen Gedanken ausgesprochen, Civil- und Strafrecht einmal zu einem grossen, allgemeinen Gesetzbuch, einem „schweizerischen Landrecht" zu vereinigen. Es ist klar, dass eine derartige Verbindung nicht bloss eine rein formelle sein darf, sondern dass sie auch Uebereinstimmung in den Grundlagen und in der Terminologie erheischt.

II. Im einzelnen. 1. Betrachten wir nunmehr die einzelnen Fälle näher, bei denen sich sowohl strafrechtliche wie civilrechtliche Folgen nebeneinander finden. Gemeinsam ist ihnen der Tatbestand des Deliktes, die rechtswidrige und

schuldhafte Verletzung der Interessen eines andern. In Bezug auf diesen allgemeinen Tatbestand besteht materielle Uebereinstimmung. Dass die Uebereinstimmung auch eine formelle, terminologische sei, ist nicht unbedingt nötig. Es ist möglich, dass in einem Gebiete die einzelnen Tatbestandsmerkmale anders formuliert sind als im andern, oder dass sie hier näher definiert werden, dort nicht. Theoretische sowohl als praktische Gründe, wie wir sie unter I. angeführt haben, sprechen jedoch dafür, dass nicht bloss die Einheit der Vorstellung, sondern auch die Einheit des Ausdruckes herrsche. Es wird regelmässig schwer halten, denselben Begriff in verschiedener Weise so zu formulieren, dass die beiden Begriffsbestimmungen sich inhaltlich decken, und selbst wenn dies der Fall wäre, so würde doch dieser Zustand sowohl vom Standpunkt der allgemeinen Rechtslehre aus unbefriedigend sein, als auch die Gefahr verschiedener materieller Auffassung in sich bergen. Es ist demnach in Bezug auf diese gemeinsamen Tatbestandsmerkmale des Delikts, zu denen wir die Rechtswidrigkeit, die Schuld, die Interessenverletzung und den Kausalzusammenhang rechnen, die Uebereinstimmung wenn auch nicht unbedingt notwendig, so doch beinahe unumgänglich.

2. Gehen wir nunmehr zu denjenigen Begriffen über, welche den obgenannten Grundbegriffen am nächsten stehen, sei es, dass sie sich als Unterarten derselben darstellen, wie Vorsatz und Fahrlässigkeit, — in gewisser Hinsicht auch Zurechnungsfähigkeit und Irrtum — als Unterarten der Schuld, Gewalt, Drohung, Betrug als Unterarten der Verletzung, sei es, dass sie zur Abgrenzung dienen, wie Selbsthilfe, Notwehr und Notstand in Bezug auf die Rechtswidrigkeit. Nichts hindert prinzipiell daran, diese Begriffe in einem Gebiete anders auszugestalten als im andern; im allgemeinen sind sie jedenfalls im Strafrecht in stärkerem Masse verarbeitet und ausgeprägt worden, wobei die Tendenz oft dahin ging, sie nicht nur schärfer, sondern auch enger zu formulieren als im Civilrecht.

Dass sie jedoch womöglich gleich gestaltet und gefasst werden sollen, dafür sprechen auch hier in erster Linie theoretische Gründe, das aus dem Streben nach Einheitlichkeit und

Klarheit fliessende Bedürfnis, den geläufigsten und wichtigsten Stücken des juristischen Inventars gleiche Gestalt und gleichen Inhalt zu geben. Aber auch praktische Gesichtspunkte lassen die Unifizierung wünschbar erscheinen, wenngleich Schwierigkeiten im Wege stehen und das gegenwärtige Recht keineswegs zu ihrer Ueberwindung den Weg gezeigt hat. Es ist in dieser Hinsicht insbesondere auf Art. 59 O. R. zu verweisen, wo Differenzen zwischen Civilrichter und Strafrichter über die Begriffe der Notwehr und Zurechnungsfähigkeit als berechtigt anerkannt, ja fast gezüchtet werden. So hat man es denn auch im allgemeinen abgelehnt, Strafurteile für konnexe Civilsachen, bezw. Civilurteile für konnexe Strafsachen als präjudizierlich zu erklären;[1]) man steht in Mehrheit auf dem prinzipiellen Boden, dass der Strafrichter jede Sache nur vom strafrechtlichen Gesichtspunkt aus, unabhängig von den Feststellungen des Civilrichters, würdigen soll und umgekehrt. Diese herrschende negative Anschauungsweise ist jedoch keineswegs eine unbestrittene und durchgängige,[2]) und ebensowenig ein für allemal festgelegt.

Einmal existieren bedeutende Ausnahmen;[3]) so z. B. kommt es vor, dass ein Civilanspruch unmittelbar auf ein Strafurteil gegründet ist, wie der Ehescheidungsanspruch gemäss Art. 46 c. Civilstandsgesetz auf Verurteilung zu einer entehrenden Strafe, der Entschädigungsanspruch des unschuldig Angeklagten auf das freisprechende Erkenntnis; ebenso gehören hieher die Fälle, wo ein Civilurteil als Voraussetzung des Strafprozesses verlangt wird, wie z. B. der Ehebruch häufig erst nach Anhebung oder Durchführung der Scheidungsklage verfolgt werden kann. Noch enger sind die gegenseitigen Beziehungen, wenn das Vorhandensein einer „strafrechtlich verfolgbaren Handlung" Voraussetzung des Civilanspruchs ist.[4]) Durch das

---

[1]) Vergl. Stooss, l. c. S. 53 ff. und Weiss, die Behandlung konnexer Civil- und Strafsachen S. 190 ff.

[2]) Vergl. Martin, l. c. S. 6 ff.; Haberstich, Handb. Bd I, S. 175 ff.

[3]) Auch abgesehen davon, dass einzelne Kantone die Präjudizialität des Strafurteils im Bezug auf die Schuldfrage ausdrücklich und allgemein vorschreiben.

[4]) Vergl. Fabrikhaftpflicht-Gesetz Art. 6 Abs. 3.

Urteil des Strafrichters, dass eine strafbare Handlung vorliege, ist hier der Civilrichter ohne weiteres gebunden; ist kein strafgerichtliches Urteil da, so muss der Ausdruck „strafrechtlich verfolgbare Handlung“ richtiger Meinung nach vom Civilrichter in dem Sinne aufgefasst werden, dass eine kantonale oder eidgenössische strafrechtliche Norm durch ein Handeln oder Unterlassen verletzt worden sein muss; nur eine solche Handlung ist strafrechtlich verfolgbar, während strafbar an und für sich jedes schuldhafte Verhalten ist.[1]) — Endlich kann darauf hingewiesen werden, dass der Strafrichter häufig in den Fall kommt und meist als kompetent angesehen wird, civilrechtliche Vorfragen zu entscheiden, wobei er genötigt ist, mit lediglich civilrechtlichen Begriffen oder auch mit solchen, die in der strafrechtlichen Terminologie ebenfalls gebräuchlich sind, zu operieren. Es wird hiebei dem Richter schwer fallen, einer eventuell vorhandenen verschiedenartigen Auffassung der Begriffe gerecht zu werden und nicht im strafrechtlichen wie im civilrechtlichen Gebiet die gleiche Fassung zu verwenden. Die gleiche schwierige Lage tritt auch ein, sobald der Civilanspruch adhäsionsweise im Strafprozess geltend gemacht wird. Der Richter hat naturgemäss ohne weiteres die Neigung, die strafrechtliche Auffassung von Vorsatz, Notstand etc. auch auf die Civilfrage zu übertragen; er mag meist wenig Lust besitzen, den ganzen Fall von seinen civilrechtlichen Voraussetzungen aus nochmals eingehend zu prüfen; und sollte er auch dessen bewusst sein, dass die civilrechtlichen Begriffe positiv-rechtlich andere seien als diejenigen des Strafrechts, so wird er sich doch davor hüten, einen äussern Widerspruch zu erzielen, indem er z. B. den Angeklagten strafbar, aber civilrechtlich unverantwortlich[2]) erklärt.

---

[1]) Vergl. auch C. G. E. Art. 347, wo die Klage auf Standesfolgen u. a. davon abhängig gemacht ist, dass die Beiwohnung verbrecherischerweise erfolge; der Passus „oder eines Missbrauchs der ihm über sie zustehenden Gewalt“ könnte mit Rücksicht auf St. G. E. 123, 127 u. a. weggelassen werden. — Vergl. ferner O. R. Art. 69 Abs. 2 bezüglich der Verjährung.

[2]) Mehr kommt es allerdings vor, dass sich der Richter auf die Verschiedenheit der Begriffe beruft, um einen billigen Ausweg zu finden, indem er z. B. bei leicht fahrlässiger Tötung den Täter freispricht, aber civilistisch schuldig erklärt.

Im übrigen ist auch de lege ferenda die Regel, dass der Civilrichter nicht an die tatsächlichen Feststellungen des Strafrichters gebunden sein soll und umgekehrt, eine keineswegs unumstössliche. Unbestrittenermassen hat die Möglichkeit, Civil- und Strafurteil sich in ihren Feststellungen widersprechen zu sehen, etwas bedenkliches an sich. Für den sehr häufigen Fall, dass dasselbe Gericht, — sagen wir ein kantonales Obergericht — sowohl für den Civil- wie den Strafanspruch allein zuständig ist, erscheint die herrschende Regel geradezu als unpraktisch. Für ihre Beibehaltung fiel bis anhin insbesondere die Verschiedenartigkeit der kompetenten Gerichte und der Prozessgrundsätze in den Kantonen und im Bund, wie auch die mangelnde strafrechtliche Kompetenz des Bundes in die Wagschale; würden wir für Civil- und Strafsachen dieselben Gerichte und auf beiden Gebieten dieselben prozessualen Hauptgrundsätze haben, so dürfte auch die Frage der Präjudizierung eher im Sinne gegenseitiger Berücksichtigung, unter Vermeidung vieler Umstände und Kosten, entschieden werden. Dass wir diesem Ziele entgegengehen, darf man heute schon in Betracht ziehen. Je mehr aber der Grundsatz der Präjudizierung sich Bahn bricht, desto grösser wird auch das praktische Bedürfnis nach Einheit der Grundbegriffe sein.

3. In letzter Linie fallen die Begriffe ins Auge, welche zwar nicht dem allgemeinen Tatbestand der Rechtsverletzung unmittelbar oder mittelbar angehören, aber immerhin häufig im Civil- wie im Strafrecht in ähnlichem oder gleichem Sinne verwendet werden, indem sie z. B. zur Individualisierung der einzelnen Rechtsverhältnisse oder der einzelnen deliktischen Tatbestände dienen. Insoweit es Rechtsverhältnisse angeht, in denen spezielle Interessen zum Ausdruck gelangen, handelt es sich auf dem gemeinsamen Boden regelmässig um den Schutz privater Interessen, und die Rechtsverhältnisse sind vom Civilrecht technisch ausgestaltet, so z. B. der Begriff des Eigentums, des Pfandes, des Retentionsrechtes, der Ehe, der Verwandtschaft in gerader Linie u. s. w. Von dieser Gruppe ist eine andere zu unterscheiden, welche diejenigen in beiden Gebieten verwendeten Termini umfasst, die

nicht civilrechtliche, sondern bloss tatsächliche Beziehungen ausdrücken oder ein Rechtsobjekt bezeichnen, wie z. B. Körperverletzung, Kundschaft, Bau, Urkunde, Sache, Ware, Geld, Blutsverwandtschaft u. s. w. Derartige Begriffe werden oft vom Strafrecht anders aufgefasst als vom Civilrecht, und es kann dies auch ohne grosse Not geschehen. In der Regel ist der Unterschied bloss ein subtiler, und wenn das Strafrecht im allgemeinen auf einem engern Standpunkt steht, als das Civilrecht, so entspricht dies dem Umstand, dass seine schärfern Waffen erhöhte Vorsicht bei ihrer Anwendung erheischen. Aber immerhin dürfte es auch hier rationell sein, die auf einem Gebiete geleistete Arbeit in Bezug auf die Feststellung solcher Begriffe auf dem andern zu Nutze zu ziehen, so z. B. in Bezug auf den Begriff der Sache. Das Civilrecht kann vom Strafrecht insbesondere diejenigen Begriffe übernehmen, welche tatsächliche Vorgänge ausdrücken, das Strafrecht dagegen wird gut tun, sich an die von der civilistischen Gesetzgebung und Praxis ausgearbeitete Bestimmung und Abgrenzung der Rechtsobjekte und der Rechtsverhältnisse zu halten.

Wenn wir uns nunmehr der Betrachtung der einzelnen Begriffe zuwenden, so werden wir jeweilen in erster Linie zu untersuchen haben, ob und wie weit sie sich im Civil- und im Strafrecht unterscheiden; dabei wird sich gleichzeitig auch ergeben, welche Erwägungen für die Wünschbarkeit der Uebereinstimmung sprechen und in welcher Weise dieselbe ausführbar ist.

Drittes Kapitel.

Die einzelnen Begriffe.[1])

§ 5. Die geschützten Interessen.

Das Recht ist um des Interesseschutzes willen da, oder, wie man auch sagen kann, zum Schutze der Lebensgüter, an

---

[1]) Vergl. insbesondere Liszt und Stooss a. a. O.; Meves, kriminal. Erörterungen aus dem Gebiete des B. G. B. in Archiv f. Strafrecht 46, S. 81 ff.; Oppenheimer, Strafrecht und B. G. B., in Seufferts Bl. für Rechtsanwendung 15, S. 337 ff.; Winkler, die Entwicklung der neuern Gesetzgebung auf das Reichsstrafrecht, im Gerichtssaal LVIII. S. 241, sowie die daselbst citierte Literatur.

deren unveränderter und ungestörter Erhaltung ein Interesse besteht. Durch den rechtlichen Schutz werden die Lebensgüter zu Rechtsgütern, die Interessen zu rechtlich anerkannten gestempelt. Es ist die selbstverständliche Aufgabe des positiven Rechts, alle als berechtigt anerkannten Interessen durch den Normenschutz zu sanktionieren; das Privatrecht hat solche Verhältnisse zu ordnen, in denen vorwiegend individuelle Interessen ebensolchen gegenüberstehen, während das Strafrecht den Schutz der öffentlichen Interessen besorgt, dabei aber gleichzeitig auch individuelle und private Interessen unter seine Fittige nimmt.

I. Was das Privatrecht anbelangt, so ist bekannt, dass es gelegentlich auch öffentliche Interessen schützt, nicht nur indirekt und sekundär, sondern zuweilen sogar direkt, so z. B. im Eherecht (Ehehindernisse), Vormundschaftsrecht u. s. w. Jedenfalls scheint es in erster Linie seine Pflicht zu sein, die privaten Interessen erschöpfend in Schutz zu nehmen und sie dadurch zum Rang von subjektiven Rechten zu erheben, insoweit wenigstens die Art des Schutzes nicht unzweckmässig ist und sie als erheblich und des Schutzes wert erachtet werden. In letzterer Beziehung darf man nicht allzu rigoros sein; je mehr die Mannigfaltigkeit der Lebensverhältnisse zunimmt, je komplizierter die geistigen und materiellen Beziehungen der Menschen unter sich werden, desto weniger ist es geboten, sich auf das von alter Zeit her überlieferte Inventar von subjektiven Rechten zu beschränken; desto eher soll man sich davor wahren, ein früher unbekanntes privates Interesse erst dann privatrechtlich zu sanktionieren, nachdem es die Anerkennung seiner Daseinsberechtigung erst in allem Wind und Wetter hat durchsetzen müssen. Das gemeine Recht war bekanntlich in dieser Beziehung sehr eng, da es vorwiegend nur die Vermögensinteressen ins Auge fasste; auch das B. G. B. hat sich von diesem Standpunkt noch nicht ganz loslösen können.

Der derzeitige Stand unserer Gesetzgebung ist kurz folgender: Während die Interessen, welche aus der Eingehung von Verträgen sich ergeben, wie üblich spezialisierten Schutz

erhalten haben,[1]) regeln Art. 50 ff. die Folgen ausserkontraktlicher Interessenverletzung in allgemeinerer Form. Art. 50 O. R. nimmt allerdings nur Bezug auf Vermögensschaden, aber immerhin nicht bloss auf solchen, der durch die Verletzung körperlicher Güter entsteht, sondern auch die immateriellen Güter sind gedeckt, insoweit sie als Vermögensbestandteile in Betracht fallen und sofern man die Widerrechtlichkeit des Art. 50 in dem Sinne auffasst, wie es in der Praxis geschieht.[2]) Eine Reihe immaterieller Güter werden durch Spezialbestimmungen (B. G. zum Schutze des geistigen und gewerblichen Eigentums, Firmenrecht, B. G. betreffend Civilstand und Ehe, kantonale Gesetze über Familienrecht) noch besonders hervorgehoben. In Art. 52 und 54 O. R. sind Körperintegrität und Arbeitsfähigkeit als Rechtsgüter genannt; im übrigen liegt es in der allgemeinen Fassung von Art. 50 ff., dass alle möglichen Vermögensinteressen unter Schutz genommen sind, seien sie nun irgendwo in einem Gesetze speziell aufgeführt oder nicht. Der Richter hat in dieser Beziehung vollkommen freie Hand; die Schwierigkeit, aber auch die Bedeutsamkeit seiner Aufgabe liegt darin, dass er die Interessen, bezw. die Rechtsgüter, in denen sie sich manifestieren, als solche zu erkennen und herauszuheben hat. Dies ist auch seitens der Praxis in erheblichem Umfange geschehen, indem sie als neue Rechtsgüter unter anderm die Geschäftsbeziehungen zur Kundschaft, das Geschäftsgeheimnis, den Kredit anerkannt hat. Jedenfalls ist so viel sicher, dass alle vom Strafrecht ausdrücklich anerkannten privaten Interessen ohne weiteres auch vom Civilrecht geschützt sind.

Nicht vermögensrechtliche Interessen werden insbesondere im Ehe- und Familienrecht in detaillierter Form erwähnt. Was den Schutz der Persönlichkeitsrechte anbelangt, ist bereits darauf hingewiesen worden, dass ihnen insbesondere Art. 55 O. R. wenn auch nicht vollständig, so doch einigermassen gerecht wird. Art. 26 C. G. E. schützt sie in allge-

---

[1]) Wobei gleichzeitig Art. 50 ff. O. R. konkurrieren können.

[2]) Vergl. unten § 6.

meinerer Form und es wird auch hier Aufgabe des Richters sein, die einzelnen Unterarten des zusammenfassenden Begriffs der Persönlichkeit aufzufinden, so nicht bloss den in Art. 27 C. G. E. hervorgehobenen Namen, sondern auch Leben, Freiheit, die Ehre in ihren mannigfachen Variationen, freie Betätigung u. s. w.[1]) Dass der Richter zu weit gehe und auch blosse Affektionsinteressen, moralische Interessen u. s. w. als schutzberechtigt anerkennen wird, ist vorderhand nicht zu fürchten.

II. Dem Strafrecht kommt in seinem Verhältnis zum Privatrecht zu der Schutz privater Interessen, soweit dieser Schutz im allgemeinen Interesse als notwendig angesehen wird. Entweder fällt das letztere so sehr in Betracht, dass die privaten Folgen stark zurücktreten, so beim Schutz des Lebens und der Freiheit; oder aber die privaten Folgen sind in erster Linie wichtig und nur sekundär treten strafrechtliche ein, so bei den Eigentumsverletzungen. Das Strafrecht kann des fernern so weit gehen, die Verletzung eines Rechtsgutes ganz allgemein unter Strafdrohung zu nehmen, oder aber es beschränkt sich darauf, einzelne spezielle Fälle von Rechtsverletzungen individualisiert herauszuheben. Letztere Methode ist die beim Strafrecht übliche; sie hat den Vorzug, den einzelnen Umständen genau Rechnung tragen zu können, sie hat aber auch den — insbesondere beim ersten Strafgesetzentwurf vielleicht zu stark berücksichtigten — Nachteil, dass mangels subsidiärer allgemeiner Bestimmungen gewisse Tatbestände nicht unter das Gesetz passen, obschon sie nach der Schuld- und der Erfolgseite augenscheinlich den als strafbar aufgeführten sehr nahe stehen.

Wie weit der strafrechtliche Schutz ausgedehnt werden soll, ist hier nicht näher zu erörtern; von privatrechtlicher Seite aus kann jedenfalls ganz allgemein verlangt werden, dass er da einsetze, wo ein Rechtsgut in privatrechtlicher Beziehung

[1]) Wird hier ein Privatrecht in vollem Masse anerkannt, so ist auch auf Grund von Art. 26 ein vermehrter privatrechtlicher Schutz gegen concurrence déloyale vorhanden.

grosse Bedeutung hat oder wo es häufigen Angriffen ausgesetzt ist. Letzteres kommt namentlich dann vor, wenn es sich um Rechte handelt, die erst in neuerer Zeit anerkannt worden sind, so die immateriellen und individuellen Rechte.[1]) Gerade in Hinsicht auf diese Kategorien wäre eine allgemeinere Formulierung oder Ergänzung von Art. 79 und 158 ff. St. G. E. wünschenswert. Ferner wird man vielleicht den strafrechtlichen Schutz der Vertragstreue für schwere Fällen vermissen, so bei dolöser Nichteinhaltung von Verträgen, wodurch der Kontrahent in Not gerät.

III. Eine uns näherstehende Frage ist die, ob die im Strafrecht sowohl als im Civilrecht geschützten Interessen in beiden Gebieten auch gleich zu bezeichnen und zu umschreiben sind, eventuell bei Divergenz der Terminologie, welche vorzugehen den Anspruch hat. Hiebei ist von vorneherein daran zu erinnern, dass die allgemeinen Grundbegriffe in den Gesetzen oft gar nicht erwähnt sind, sondern nur theoretisch auf Grund der aufgeführten Unterbegriffe heraus konstruiert werden müssen, z. B. der Begriff der Schuld; ebenso sind auch die Rechtsgüter gewöhnlich als solche nicht direkt genannt, mit Ausnahme etwa der Begriffe Freiheit, Leben, Kredit, Ehre. Meist gelangen nur die Typen der Rechtsverhältnisse, in denen sich die einzelnen Interessen manifestieren, zum gesetzlichen Ausdruck, und zwar mehr oder weniger individualisiert. Diese Individualisierung kann terminologisch in oft sehr verschiedener Weise erfolgen, ohne dass deswegen nicht ein und dasselbe Interesse geschützt sein würde. Dass man aber gerade zwei sehr gute Umschreibungen zur Verfügung hat, ist nicht sehr wahrscheinlich, und es ergibt sich auch hier aus Zweckmässigkeitsgründen die Wünschbarkeit der gleichen Terminologie und Begriffsbestimmung. Die Individualisierung der Interessen wird regelmässig vom Civilrecht besorgt; die Rechtsverhältnisse werden vom Privatrecht näher juristisch ausge-

---

[1]) Ist die Anerkennung einmal durchgesetzt und allgemein geworden, so scheint es auch opportun, die Frage der nunmehrigen Einschränkung des strafrechtlichen Schutzes aufzuwerfen.

staltet, so z. B. die Begriffe Eigentum, Besitz, Pfandrecht, Retentionsrecht, Niessbrauch. Es entspricht auch der sekundären Rolle des Strafrechts, wenn dasselbe da, wo es private Interessen schützt und privatrechtliche Beziehungen erwähnt, in der nähern Umschreibung oder in der Auffassung derselben sich ans Civilrecht anlehnt. Allerdings eine unbedingte Forderung kann nicht aufgestellt werden; wo z. B. Rechtsgüter wie Freiheit, Leben und Ehre bis vor kurzem vom Strafrecht beinahe ausschliesslich berücksichtigt wurden, da ist es selbstverständlich, dass dieses ihnen auch sein Gepräge für längere Zeit unabänderbar verliehen hat. Ferner kommt es vor, dass das Strafrecht einzelne Fälle von Rechtsverletzungen spezialisiert hervorhebt, besondere Unterarten schafft, während das Civilrecht es bei einer allgemeinen Bezeichnung bewenden lässt;[1]) auch hier gewinnt naturgemäss die strafrechtliche Terminologie und Begriffsbestimmung Einfluss und ein Gewicht, das ihr an und für sich nicht zukommen würde und vom civilistischen Standpunkt aus die Frage veranlasst, ob es nicht zweckmässig wäre, in paralleler Weise auch im Obligationenrecht solche Spezialfälle unerlaubter Handlungen hervorzuheben.

§ 6. Die Widerrechtlichkeit.

I. Im Strafrecht wie im Civilrecht gilt der Grundsatz, dass die Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses eine widerrechtliche sein muss, um Deliktsfolgen hervorzubringen. Der Begriff der Widerrechtlichkeit wird regelmässig im Gesetz nicht definiert, so dass man nicht ohne weiteres sagen kann, ob er in beiden Gebieten gleich oder verschieden aufgefasst wird. Das Civilrecht stellt auf die Widerrechtlichkeit ab insbesondere und in allgemeiner Form in Art. 50 O. R., sodann auch in Art. 17, 177 und 181; in Art. 75 wird der Ausdruck „rechtswidrig" verwendet. Der St. G. E. verweist auf die Rechtswidrigkeit in Art. 20 und 23; der Ausdruck „rechtswidrig"

[1]) Vergl. z. B. St. G. E. Art. 159 und 160, ferner die Fälle der Ehrverletzung und die Gefährdungsdelikte.

wird u. a. gebraucht in Art. 87, 98, 110, 174 Abs. 2, 175, während in Art. 111 von einem „widerrechtlichen Handeln" und in Art. 79, 89 und 91 von „unrechtmässigen" Vorteilen die Rede ist. Hier sowohl wie im Civilrecht dürfte die durchgängige Anwendung des gleichen Terminus „widerrechtlich" begrüsst werden, besonders insoweit es sich um ein Verhalten handelt.

Die Widerrechtlichkeit stellt in beiden Gebieten die äussere Seite des rechtsverletzenden Verhaltens dar; sie liegt darin, dass etwas getan wird, was einem Rechtsverbot zuwiderläuft, oder etwas unterlassen wird, was nach einem Rechtsgebot hätte geschehen sollen. Die Widerrechtlichkeit deckt sich nicht mit der Verletzung subjektiver Rechte, sondern geht darüber hinaus; auch wer die allgemeinen Interessen verletzt, indem er Polizeivorschriften übertritt, handelt widerrechtlich vom Standpunkt nicht bloss des Strafrechts, sondern auch des Civilrechts aus; widerrechtlich ist jede Handlung, die den Vorschriften des objektiven Rechts, wo immer sie auch stehen mögen, zuwiderläuft. Jede vom Strafgesetz bedrohte Tat ist auch civilistisch widerrechtlich, jede vom Strafrecht ausdrücklich erlaubte Handlung, z. B. Notwehr, gibt auch eine Befugnis im civilrechtlichen Sinn, während umgekehrt eine civilrechtlich erlaubte Handlung gemäss St. G. E. Art. 23 nie ein Verbrechen sein kann. Die Gründe des Ausschlusses der Widerrechtlichkeit sind demnach notwendigerweise in beiden Gebieten dieselben, selbst wenn sie im einzelnen verschieden definiert sein sollten.

Welche Handlungen sind nun aber civilrechtlich erlaubt und welche widerrechtlich? Das Civilrecht operiert nicht wie das Strafrecht mit einer grossen Anzahl von besondern Tatbeständen; seine Verbote, wodurch es die privaten Interessen schützt, liegen meist nicht einmal offen zu Tage; so bemüht sich denn auch unser O. R. nicht — wie es z. B. das B. G. B. in Art. 823 ff. tut — die einzelnen unerlaubten Handlungen in grösserem Umfange zu spezialisieren. Vielmehr will Art. 50 O. R. ganz allgemein die Vermögensinteressen gegen absichtliche oder fahrlässige Verletzung schützen. Das Wort „wider-

rechtlich" in diesem Artikel ist allerdings geeignet, Verwirrung anzurichten. Legt man dasselbe dahin aus, dass es als Voraussetzung des Deliktes das Erfordernis des Handelns gegen eine bestimmte Norm verlangt, so hat Art. 50 den Sinn, dass da Schadensersatzpflicht eintritt, wo Interessen verletzt werden, die irgendwo vom Rechte anerkannt worden sind; man wird sich nun aber fragen, wo in unserem bisherigen Rechte die immateriellen Güter ausdrücklich allgemein als geschützt anerkannt sind. Offenbar wollte man durch den Art. 50 selbst alle Vermögensinteressen schützen, weshalb man auf ihre spezielle Nennung verzichtete. Man darf deshalb Art. 50 nicht so interpretieren, dass er bloss die rechtswidrige Schädigung fremder Interessen verbieten wolle, sondern in ihm selbst liegt die Norm, dass die mindestens fahrlässige Schädigung an sich verboten sein soll. Wenn aber dies der Kern von Art. 50 ist, so erscheint es ganz überflüssig, das Wort „rechtswidrig" im Sinne von normwidrig aufzufassen, und man wird dazu geführt, der herrschenden Auffassung zuzustimmen, welche den Passus „widerrechtlich" in Art. 50 in dem Sinn deutet, dass er auf den Ausnahmefall hinweist, wo die Schädigung in Ausübung eines Rechtes geschieht; diese Auffassung wird auch durch den französischen Text gestützt, der bekanntlich „rechtswidrig" mit „sans droit" wiedergibt. Art. 50 verwendet also den Ausdruck „widerrechtlich" nicht in der gewöhnlichen Bedeutung, sondern er setzt die eigentliche Widerrechtlichkeit als selbstverständlich voraus und ruft nur ihren Ausnahmen. Um Zweifeln über den Sinn dieser Bestimmung aus dem Wege zu gehen, wird es gut sein, ihren Wortlaut entsprechend Art. 26 C. G. E. zu gestalten und die Wendung „unbefugterweise" zu gebrauchen; dadurch gelangt die Norm: „Du sollst nicht fremdes Vermögen schädigen" bestimmter zum Ausdruck. Nicht ausgesprochen wird damit der zu weitgehende Grundsatz: „Was nicht erlaubt ist, ist verboten;" eine solche allgemeine Präsumption der Widerrechtlichkeit könnte man von seiten des Strafrechts wohl nicht acceptieren. Dagegen steht auch das letztere auf dem Standpunkt, dass jede Verletzung rechtlich anerkannter Interessen grundsätzlich eine Rechtswidrigkeit sei. Es unterlässt es daher bei

den meisten Verbrechenstatbeständen, die Widerrechtlichkeit als Voraussetzung des Delikts besonders anzuführen, und da, wo es auf sie ausdrücklich Bezug nimmt, geschieht es zur Berücksichtigung des Ausnahmefalles, dass ein Recht oder eine Befugnis zur Vornahme der sonst strafbaren Handlung besteht.

Wir können demnach im Strafrecht und im Civilrecht übereinstimmend ein Handeln oder Unterlassen dann als widerrechtlich ansehen, wenn es gegen eine vom Rechte auferlegte Pflicht verstösst. Die Widerrechtlichkeit ist auch dann gegeben, wenn eine an sich vorhandene Befugnis schuldhaft überschritten und bei der Ueberschreitung Schaden verursacht wird. In Bezug auf letzteren Punkt mag darauf hingewiesen werden, dass man leicht Gefahr läuft, die Rechtswidrigkeit mit dem Verschulden zu verwechseln; fahrlässiges oder vorsätzliches Handeln ist aber an sich nicht rechtswidrig; dagegen dienen Vorsatz und Fahrlässigkeit zur Abgrenzung der Rechtswidrigkeit, indem letztere angenommen wird, sobald eine Befugnis schuldhaft überschritten oder in fahrlässigem Irrtum als vorhanden vorausgesetzt wurde. (Vergl. B. E. XI. S. 202, XVII S. 162.) Der in vielen Fällen bestehende enge Zusammenhang zwischen Rechtswidrigkeit und Verschulden lässt es auch zweifelhaft erscheinen, ob es von praktischem Werte sein würde, den Beweis der Rechtswidrigkeit dem Kläger abzunehmen und dafür dem Beklagten den Nachweis der Rechtmässigkeit zu überbinden.

Nicht verboten nach Art. 50 O. R. ist die blosse Gefährdung eines Rechtsgutes; eine solche ist nicht schlechthin, sondern nur dann widerrechtlich, wenn durch spezielle Normen des Civil- oder Strafrechts bestimmte Rechtsgüter vor ihr geschützt werden. So gibt also Art. 50 O. R. nur einen Anspruch bei Rechtsverletzung, nicht auch bei Rechtsgefährdung.[1])

II. Die Notwehr. Wir wenden uns nun denjenigen Begriffen zu, welche als Gründe des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit bezeichnet werden können. Das Civilrecht hat sich verhältnismässig wenig mit ihnen abgegeben, dagegen ist, wie Liszt sagt, „die strafrechtliche Lehre von der Rechtswidrigkeit

[1]) Ebenso übrigens auch B. G. B. Art. 824, der von der Gefährdung des Kredits etc. handelt.

die Darstellung der Gründe für den Wegfall derselben." Von den verschiedenen Begriffen, die hier in Betracht fallen, insbesondere Notwehr, Notstand und Selbsthilfe, führt das O. R. nur den ersteren an, während das B. G. B. alle drei einlässlich definiert und normiert, zum Teil in enger Anlehnung an das Strafrecht, so die Notwehr, zum Teil allerdings in einer vom Strafrecht ziemlich weit wegführenden Weise. Die praktische Notwendigkeit, dass diese Ausschliessungsgründe in unserem Civil- und Strafrecht übereinstimmen, ergibt sich aus der Fassung sowohl von Art. 50 O. R., wie Art. 23 St. G. E. Gemäss Art. 50 O. R. ist nämlich eine Notwehrhandlung im strafrechtlichen Sinne eine rechtmässige, auch civilrechtlich nicht widerrechtliche, und gemäss Art. 23 St. G. E. wird einer Notwehrhandlung im civilrechtlichen Sinne der Charakter eines Delikts abgesprochen. Wenn demnach z. B. im Strafrecht der Begriff der Notwehr enger gefasst wird als im Civilrecht, so hat dies nur den eigentümlichen Effekt, dass dann diese Begriffsbestimmung eventuell gar nicht zur Anwendung kommt, sondern der Täter deshalb freigesprochen werden muss, weil er eine civilrechtlich erlaubte Handlung vorgenommen hat, so dass deswegen keine Widerrechtlichkeit besteht; ist umgekehrt die Auffassung des Strafrechts die weitere, so muss die Widerrechtlichkeit civilistisch auch dann ausgeschlossen werden, wenn sie nach der civilrechtlichen Abgrenzung des Begriffs bestehen würde.

Art. 56 O. R. bezeichnet die Notwehr als Ausschliessungsgrund für die Ersatzpflicht, ohne die Merkmale des Tatbestandes näher anzugeben; offenbar wollte sich der Gesetzgeber mit dem im Strafrecht ausgestalteten Begriff begnügen.[1]) Allein wenn man auch die in Art. 24 St. G. E. gegebene Definition der Notwehr als eine der in Art. 227 B. G. B. enthaltenen überlegene bezeichnen darf, so erscheint es doch für gewisse Fälle nicht richtig, die Formulierung des Strafrechts ohne weiteres und ohne gewisse Ergänzungen zu übernehmen; so namentlich bei der putativen Notwehr oder bei Notwehr-Excess infolge Aufregung

---

[1]) Vergl. allerdings B. E. XIX S. 769.

und Bestürzung, welcher nach Art. 24 Abs. 2 St. G. E. straflos bleibt. In diesen Fällen ist es wohl ein Gebot der Gerechtigkeit, wenn die Straflosigkeit nicht auch die Schadensersatzpflicht aufhebt, sondern diese vielmehr nach billigem Ermessen doch eintreten kann. Der civilrechtliche Begriff der Notwehr braucht deshalb nicht enger gefasst zu werden als der strafrechtliche, allein Art. 56 O. R. soll weniger kategorisch lauten und für die angeführten Fälle das Verursachungsprinzip vorbehalten bleiben.

Art. 968 Abs. 1 C. G. E. führt eine Unterart der Notwehr an, die Abwehr verbotener Eigenmacht bei Besitzesstörung, welcher Tatbestand sich teilweise mit Art. 237 St. G. E. deckt. Dass eine Definition der verbotenen Eigenmacht im Civilgesetz gegeben werde, ist wohl nicht erforderlich. Nebenbei sei bemerkt, dass man vielleicht auch bei Art. 26 C. G. E. auf das Recht der Notwehr Bezug nehmen könnte.

III. Der Notstand, oder die Notwehr gegen Sachen ist im O. R. nicht erwähnt, dagegen sieht Art. 697 C. G. E. einen Spezialfall vor, nämlich den Eingriff in fremdes Grundeigentum. Der hier dargestellte Notstand ist in einer Richtung etwas weiter als derjenige des Art. 25 St. G. E.; denn nach letzterem muss eine „unmittelbare Gefahr" vorhanden sein, während nach C. G. E. ein „drohender Schaden" genügt. Dass im O. R. bis anhin der Notstand nicht genannt worden ist, musste die Konsequenz haben, dass die Notstandshandlung als widerrechtliche galt; der Ausschluss der Strafbarkeit schloss ja die Unerlaubtheit nicht aus.[1]) Auf diesem Standpunkt wird man wohl nicht bleiben können, auch vom B. G. B. ist er verlassen worden (Art. 228 und 904), und es würde sich merkwürdig ausnehmen, wenn der Notstandsangriff auf Grundeigentum gemäss Art. 697 C. G. E. als rechtlich erlaubt, der vielfach ebenso berechtigte Angriff auf Mobilien in jedem Fall als widerrechtlich gelten sollte.

---

[1]) Vergl. allerdings Schneider und Fick, Kommentar I, S. 145 Anmerkung, wornach die Kommission unter Notwehr auch die Verteidigung gegen den Angriff eines Tieres oder einer leblosen Gewalt verstanden hat.

Es empfiehlt sich daher, im O. R. neben der Notwehr auch den Notstand zu erwähnen, allerdings nicht in dem Sinne, dass er, wenn straflos, auch die Schadensersatzpflicht unbedingt ausschliessen soll, aber so, dass die Ersatzpflicht prinzipiell nicht auf die Widerrechtlichkeit, sondern auf die Schadensveranlassung basiert und in das Ermessen des Richters gestellt wird. Dann scheint auch die Notwendigkeit, den Notstand im Civilgesetzbuch anders als im Strafgesetz oder überhaupt zu definieren, nicht vorzuliegen; es ist vielmehr gegenüber Art. 228 und 904 des B. G. B. als ein Vorteil zu betrachten, wenn die Notstandshandlung zum Schutze aller privaten und auch gegen alle privaten Rechtsgüter geschehen darf.

IV. Die Selbsthilfe. Während das B. G. B. über die Selbsthilfe ebenso weitgehend als weitläufig bestimmt, suchen wir im O. R. vergeblich nach bezüglichen Regeln; es wäre angenehm, wenn solche bei der Revision ihren Platz in der Nähe der Notwehr finden würden. Nach C. G. E. Art. 968 Abs. 2 ist die Selbsthilfe erlaubt bei Besitzesstörung, allerdings in nicht sehr energischer Form, indem von der Expertenkommission der Passus „mit Gewalt“ gestrichen worden ist. Der St. G. E. nennt die Selbsthilfe als allgemeinen Strafausschliessungsgrund nicht; dennoch ist er verschiedentlich im Falle, mit diesem Begriff zu rechnen und zwar z. T. auch mit dem civilrechtlichen, vergl. z. B. Art. 48, 67, 103, 237, 243, 250; sobald nämlich die Handlung civilrechtlich als erlaubt erscheint, sobald sie durch einen Rechtssatz des Privatrechts gedeckt ist, muss sie auch gemäss der Subsidiarität des Strafrechtes straflos bleiben (vergl. St. G. E. Art. 23).

V. Die Nötigung. Das O. R. verwendet den Begriff der Nötigung, obschon es den Terminus selbst nicht braucht, in Art. 26—28 in Bezug auf die Eingehung von Verträgen (ebenso der C. G. E. in Art. 148), nicht dagegen in Art. 50 ff. in Bezug auf unerlaubte Handlungen. Nun ist die Tat des Genötigten diejenige eines im Notstand Befindlichen, so dass es keinen Wert hat, die Nötigung hier besonders zu erwähnen. Was den Tatbestand der Nötigung von Art. 110 des St. G. E. anbelangt, so kann man allerdings nicht annehmen, dass die Handlung

des Genötigten in jedem Fall unter den Notstand von Art. 25 St. G. E. subsumiert werden darf; es ist dies nur dann der Fall, wenn man unter „schwerer Drohung“ des Art. 110 das Drohen mit einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr versteht; liegen diese Merkmale nicht vollständig vor, steht also die Widerrechtlichkeit sowohl strafrechtlich wie civilrechtlich ausser Frage, so greift gemäss Art. 48 blosse Strafmilderung Platz. Auch wird man hier vielleicht einen dem deutschen St. G. B. § 52 entsprechenden Artikel vermissen, der bei unwiderstehlicher Gewalt die Strafbarkeit ausschliesst, namentlich wenn die Fassung von Art. 16 St. G. E. noch verengert werden sollte.

VI. Die Einwilligung des Verletzten. Dieselbe scheint beim ersten Blick die civilistische Widerrechtlichkeit aufzuheben, sofern die Befugnis zur Verletzung seitens eines vollkommen handlungsfähigen Menschen gegeben wird.[1]) Allein man darf hierin nicht zu weit gehen; wenn nämlich die Verletzung trotz der Einwilligung strafbar bleibt — und dies ist die Regel — so ist sie auch widerrechtlich für das Privatrecht; denn sobald ein Rechtsgut unter Strafschutz steht, hat der Private oft nicht mehr das Recht, über dasselbe nach allen Richtungen frei zu verfügen. So hebt die Einwilligung die Widerrechtlichkeit wohl auf bei Eigentumsbeschädigungen, nicht dagegen bei Verletzungen des Lebens und der Gesundheit. Es ist demnach ganz richtig, dass in O. R. Art. 50 ff. die Einwilligung des Beschädigten nicht als von der Schadensersatzpflicht befreiend aufgeführt ist; Art. 51 O. R. gibt dem Richter genügend Freiheit, den Verletzenden trotz seines widerrechtlichen Verhaltens unter Umständen ganz von der Schadensersatzpflicht zu entbinden. Aehnlich verhält es sich in Bezug auf eine widerrechtliche Handlung auf Befehl eines Vorgesetzten oder bei Mitverschulden des Beschädigten, z. B. infolge Provokation (vergl. Art. 48 St. G. E.).

§ 7. Das Verschulden.

Das Delikt setzt nicht bloss ein objektiv rechtswidriges, sondern auch ein subjektiv schuldhaftes Verhalten voraus. Die

[1]) Dies nehmen auch die Motive zum B. G. B. II S. 730 an.

Widerrechtlichkeit wird also abgegrenzt durch die Schuld, indem erst die schuldhaft rechtswidrige Handlung eine deliktische ist. Civil- und Strafrecht operieren nicht mit dem Schuldbegriff als solchem, sondern mit den zwei Unterarten des schuldhaften Willens, dem Vorsatz und der Fahrlässigkeit.

I. Der Vorsatz. Art. 50 O. R. verwendet den Ausdruck „Absicht,“ Art. 18 St. G. E. dagegen „Vorsatz,“ ebenso spricht Art. 557 C. G. E. von „vorsätzlicher Handlungsweise.“ Sind die Begriffe Vorsatz und Absicht inhaltlich dieselben? Jedenfalls ist dolus im römischen Sinn oder Arglist oder Böswilligkeit weiter als Vorsatz, ebenso erscheint auf Grund des Sprachgebrauchs von B. G. B. und deutschem St. G. B. der Terminus Absicht als der engere, indem er das Wollen des Erfolges, nicht bloss das Erkennen desselben ausdrückt. Art. 50 O. R. enthält keine Definition der „Absicht,“ wohl dagegen erblickt Art. 18 des St. G. E. den „Vorsatz“ im Wissen und Wollen der Tat. Der St. G. E. steht demnach nicht wie das deutsche Recht auf dem Boden der Willenstheorie und sein Begriff Vorsatz deckt sich mit demjenigen der Absicht im obligationenrechtlichen Sinne. Es liegt also kein Grund dagegen vor, den Ausdruck Vorsatz im Civilrecht wie im Strafrecht zu verwenden und gleichmässig aufzufassen.[1]) Wollte sich das Civilrecht in Zukunft im Gegensatz zum Strafgesetz auf den Boden der Vorstellungstheorie begeben, so hätte dies zur Folge, dass viele Handlungen als nicht strafbar erklärt würden, weil der strafrechtliche Vorsatz mangle (Art. 18 Abs. 1 St. G. E.), während sie civilrechtlich als vorsätzlich aufgefasst werden müssten. Diese Differenz hätte keinen Einfluss auf die Frage der civilrechtlichen Schuld oder Nichtschuld, würde sich aber immerhin eigentümlich ausnehmen.

II. Die Fahrlässigkeit. Das O. R. definiert diesen Begriff ebensowenig als den der Absicht, immerhin hat er durch die Praxis eine grössere Präzisierung und Ausgestaltung gewonnen als der letztere. Art. 18 St. G. E. sagt in Bezug auf die Fahrlässigkeit, dass fahrlässig handle, wer die Tat „mangels der

[1]) Vergl. die Praxis bezügl. O. R. Art. 69 Abs. 2, welche hie und da zwischen civilrechtlichem und strafrechtlichem dolus unterscheidet.

Aufmerksamkeit ausführe, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet war." Es frägt sich, ob diese Begriffsbestimmung auch auf das Civilrecht Anwendung finden kann. Man ist in diesem Gebiete im allgemeinen über die Verwendung des „ordentlichen Hausvaters" als Grenzwächter auf der Schwelle zwischen fahrlässigem und nicht fahrlässigem Handeln glücklich hinausgekommen. Das B. G. B. Art. 276 nennt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser Acht lässt; auch dies ist keine eigentliche Begriffsabgrenzung, sondern eine Bestimmung über den Grad der Sorgfalt. Ferner entspricht sie streng genommen nicht der strafrechtlichen Fahrlässigkeit unseres Entwurfes, da diese nicht bloss auf das objektive Moment der Ausserachtlassung der Sorgfalt, sondern auch auf das subjektive der Vorhersehbarkeit des Erfolges abstellt;[1]) nicht bloss das Durchschnittsmass der zu leistenden Vorsicht soll also in Betracht gezogen werden, sondern auch die individuellen Eigenschaften des Täters, seine Stellung, seine Fähigkeiten u. s. w. Letztere Auffassung ist auch in unserer civilrechtlichen Praxis zur Geltung gekommen, wenngleich dieselbe den objektiven Masstab scheinbar bevorzugt. Da die Definition des St. G. E. der objektiven wie der subjektiven Seite gehörig Rechnung trägt, so können wohl Civilrecht und Strafrecht auf demselben Boden stehen;[2]) immerhin dürfte es von Vorteil sein, wenn Art. 18 Abs. 3 in formeller Beziehung etwas verbessert würde, denn in dem Passus „wer die Tat mangels der Aufmerksamkeit ausführt," vermisst man die sprachliche Gewandtheit im Ausdruck, durch welche sich sonst auch der St. G. E. auszeichnet.

Es mag nun noch die Frage berührt werden, auf was sich die Schuld, der Vorsatz oder die Fahrlässigkeit, beziehen müsse,

---

[1]) Besser als der erste Entwurf, der bestimmte: „Fahrlässig handelt wer die den Umständen nach gebotene Aufmerksamkeit ausser Acht lässt" (Art. 13).

[2]) Dem oben S. 144, Anm. 4 erwähnten Bedürfnis, gelegentlich trotz Freisprechung dem Angeklagten eine Schadensersatzpflicht aufzulegen, kann man durch Ausdehnung der Veranlassungshaft Rechnung tragen.

auf die rechtswidrige Handlung, d. h. den Erfolg, oder aber auch auf den dadurch verursachten Schaden. Ausser Zweifel ist die Beantwortung dieser Frage insbesondere bei fahrlässigen Handlungen von äusserster Wichtigkeit; denn wenn auch der Schaden als solcher vorausgesehen werden und voraussehbar sein musste, so fällt oftmals die Ersatzpflicht grösstenteils dahin. Im Strafrecht wird unstreitbar die Schuld auf den Erfolg als solchen bezogen (vergl. Art. 18), wie denn auch kriminalistisch die Schädigung nur vereinzelt zum Tatbestand gehört. Aber auch im Civilrecht wird die Ansicht nicht die Mehrheit gewinnen, dass sich Vorsatz oder Fahrlässigkeit auf den verursachten Schaden beziehen müssen. Es darf nicht übersehen werden, dass die Basis der Haftung nicht die Schädigung als solche bildet, wenn auch allerdings die Fassung von Art. 50 O. R. für sich allein einige Anhaltspunkte hiefür gibt. Es handelt sich aber auch hier, wie der dem Artikel übergeordnete Titel sagt, um Schadensersatz aus unerlaubter Handlung; Art. 50 ff. stehen auf dem Boden des culpa- und nicht des Veranlassungsprinzipes; darüber hilft auch die Aufstellung der Präsumption, dass jede schädigende Handlung rechtswidrig sei, nicht hinweg. Es muss allerdings zugegeben werden, dass der Grundsatz, für allen schuldhaft verursachten Schaden, auch nicht voraussehbaren, unbegrenzt haften zu lassen, seine Härten haben kann; das Korrektiv liegt jedoch im richterlichen Ermessen des Art. 51. Umgekehrt würde eine Regel, dass man für nicht voraussehbaren Schaden nicht haften müsse, zu ganz heillosen Zuständen führen; das Risiko, dass die Verletzung nicht die normalen Folgen haben werde, welches nach geltender Auffassung der schuldhaft Handelnde trägt, kann unmöglich dem schuldlosen Verletzten überbunden werden.

In Art. 74 St. G. E. ist bestimmt, dass dann, wenn die Folge einer Körperverletzung eine schwerere ist, als voraussehbar war, nur wegen einer Körperverletzung von der Art bestraft werden darf, wie sie verursacht werden wollte und vorausgesehen werden konnte. Der gleiche Grundsatz, dass der Erfolg, soweit er nicht zur Schuld zugerechnet werden kann, nicht in Betracht gezogen wird, ist auch auf analoge Fälle des

Strafgesetzes, z. B. Art. 126, und ebenso auf die Tötung und Körperverletzung von Art. 52 und 53 O. R. anzuwenden.

III. Der Irrtum. Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit hebt gemäss Art. 20 St. G. E. die Strafbarkeit nicht auf, sondern kann nur als Milderungsgrund dienen. In Bezug auf Art. 50 O. R. mag es sich fragen, ob der entschuldbare, nicht fahrlässige Irrtum über die Widerrechtlichkeit einer Handlung nicht von der Haftung befreie. Es hängt dies davon ab, ob man die Fahrlässigkeit auf die Widerrechtlichkeit bezieht oder nicht; denn wenn man dies tut, so ist keine unerlaubte Handlung anzunehmen. Wie wir aber bereits gesehen, ist die Widerrechtlichkeit objektiv aufzufassen und das Verschulden auf die Handlung, auf den Erfolg zu beziehen, so dass der Irrtum über die Rechtswidrigkeit in keinem Fall die Handlung zu einer schuldlosen zu machen imstande ist.

Der wesentliche Irrtum über tatsächliche Verhältnisse wird von Art. 19 St. G. E. derart berücksichtigt, dass er den Vorsatz ausschliesst und weiter sogar die Strafbarkeit aufhebt, sofern er sich nicht als fahrlässig qualifiziert. Hat ein derartiger, entschuldbarer Irrtum auch Einfluss auf die Schadensersatzpflicht nach Art. 50 O. R.? Wir glauben dies als selbstverständlich annehmen zu dürfen, obschon das Gesetz nichts bemerkt; es fehlt eben in diesem Fall die Schuld und damit auch die Widerrechtlichkeit, da diese von schuldhafter Schädigung abhängt.[1]) Auch wenn der Irrtum unentschuldbar ist, mangelt der Vorsatz, was Einfluss auf das Mass der Entschädigung haben kann; ist der Irrtum entschuldbar, so fehlt auch die Fahrlässigkeit. In gleicher Weise sehen wir auch beim Irrtum im Vertragsschluss nur bei Fahrlässigkeit die Schadensersatzpflicht vorgesehen (O. R. Art. 23). Ob in solchen Fällen, namentlich bei ausserkontraktlicher Schädigung aus entschuldbarem Irrtum nicht auch das Veranlassungsprinzip am Platze wäre, ist hier nicht zu untersuchen. Jedenfalls hat Art. 58 O. R. nicht den Irrtum, sondern nur die Fälle der infolge Alter oder geistiger Störung vorhandenen Unzurechnungsfähigkeit im Auge.

---

[1]) Vergl. B. E. XI S. 202.

§ 8. Die Zurechnungsfähigkeit.

Schuld im civil- wie im strafrechtlichen Sinn ist Handeln wider die erkannte oder die erkennbare Rechtspflicht, das Wollen des vorausgesehenen oder voraussehbaren Erfolges. Die Schuld setzt voraus die Schuldfähigkeit, die Fähigkeit zu erkennen und zu wollen, welche auf strafrechtlichem Gebiete hauptsächlich als Zurechnungs- oder Deliktsfähigkeit, auf privatrechtlichem als Handlungsfähigkeit bezeichnet wird. Im folgenden ist zu untersuchen, in welchem Verhältnis diese Begriffe zu einander stehen.

I. Das gegenwärtige eidgen. Privatrecht regelt die Materie vor allem im B. G. über die persönliche Handlungsfähigkeit, welches unterscheidet zwischen Personen, die voll handlungsfähig, beschränkt handlungsfähig oder gänzlich handlungsunfähig sind, indem sie „keinen bewussten Willen haben oder des Vernunftsgebrauches beraubt sind;“ die Handlungsfähigkeit des Spezialgesetzes ist identisch mit der Vertragsfähigkeit im Sinne von Art. 29 ff. O. R. Was aber die civilistische Deliktsfähigkeit anbelangt, so können nicht ohne weiteres die Regeln über die Handlungsfähigkeit auf sie angewendet werden; so ist z. B. selbstverständlich, dass ein Verbrecher oder ein Verschwender, welchem auf Grund von Art. 5 des Handlungsfähigkeitsgesetzes die Handlungsfähigkeit gänzlich entzogen ist, deswegen nicht deliktsunfähig wird. Das O. R. verwendet denn auch mit gutem Grund bei den „Unerlaubten Handlungen“ nicht den Ausdruck Handlungsfähigkeit, sondern Zurechnungsfähigkeit. Ist nun aber die Zurechnungsfähigkeit der Art. 58 und 59 O. R. identisch mit der strafrechtlichen? Art. 59 lehnt dies ausdrücklich ab, indem er sagt, dass der Richter nicht an die strafrechtlichen Bestimmungen über die Zurechnungsfähigkeit gebunden sei. Man wird also den Begriff, obschon er hauptsächlich im Strafrecht verwendet wird und von dort übernommen wurde, im Civilrecht insbesondere analog der Bestimmung von Art. 4 des Handlungsfähigkeitsgesetzes aufzufassen haben.

Der Civilgesetzentwurf, wie er aus der Beratung der Expertenkommission hervorging, regelt die Materie in Art. 7—12,

wobei insbesondere Art. 9 und 10[1]) wichtig sind. An den Bestimmungen dieser Artikel ist insbesondere bemerkenswert, dass nicht wie im B. G. B. ein Unterschied zwischen Geschäftsfähigkeit und Deliktsfähigkeit gemacht wird; auch die Differenz unseres heutigen Rechts zwischen Handlungs- bezw. Vertragsfähigkeit und civilistischer Zurechnungsfähigkeit fällt weg; vielmehr ist die natürliche Handlungsfähigkeit identisch mit der civilen Deliktsfähigkeit oder mit der Zurechnungsfähigkeit von Art. 58 und 59 O. R. Im weitern mag, — auch abgesehen von der bemerkenswerten Begriffsbestimmung der natürlichen Handlungsfähigkeit, die uns noch näher beschäftigen wird, — hervorgehoben werden, dass der Entwurf weder Altersstufen unter 20 Jahren unterscheidet, noch in ihm von beschränkter oder verminderter natürlicher Handlungsfähigkeit die Rede ist.

Der St. G. E. stellt zunächst in Art. 16 über die Unzurechnungsfähigkeit und verminderte Zurechnungsfähigkeit allgemeine Bestimmungen auf.[2]) In Art. 13 und 14 wird sodann für Kinder bis zum zurückgelegten 14. Altersjahr die Strafbarkeit ausgeschlossen und für jugendliche Delinquenten bis und mit dem 18. Lebensjahre lediglich Besserungs- und Zuchtmittel vorgesehen; man hat es in letzterem Falle mit einer besonders behandelten Art der verminderten Zurechnungsfähigkeit zu tun, welche nicht gewöhnliche Strafen, aber immer-

---

[1]) Art. 9. Die unmündigen und die entmündigten Personen können nur durch die Handlungen ihrer gesetzlichen Vertreter verpflichtet werden. Vorteile für sich zu erwerben oder Rechte, die lediglich an ihre Person geknüpft sind, auszuüben, vermögen sie auch ohne deren Mitwirkung, falls sie nicht der natürlichen Handlungsfähigkeit ermangeln.

Unter der gleichen Voraussetzung können sie sich durch unerlaubte Handlungen schadensersatzpflichtig machen.

Art. 10. Der natürlichen Handlungsfähigkeit ermangeln diejenigen Personen, die infolge von Kindesalter, Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunkenheit, oder ähnlichen Zuständen ausser Stande sind vernunftgemäss zu handeln.

[2]) St. G. E. Art. 16. Abs. 1 lautet: Wer zur Zeit der Tat ausser Stande war, vernunftgemäss zu handeln, wer insbesondere zur Zeit der Tat in seiner geistigen Gesundheit oder in seinem Bewusstsein in hohem Grade gestört war, ist nicht strafbar.

hin Strafverfolgung und Konstatierung des Verbrechens nach sich zieht. Gegenüber dem ersten Entwurf ist die Vorschrift weggefallen, dass wegen mangelnder sittlicher und geistiger Reife die Strafunmündigkeit eintritt.

II. Bevor wir die Bestimmungen der beiden Entwürfe miteinander vergleichen, mag nicht unerwähnt bleiben, dass sie in Bezug auf die philosophischen Voraussetzungen auf demselben Boden stehen und sich in gleicher Weise dem Stand der modernen Psychiatrie anzupassen suchten; ein prinzipiell verschiedener Standpunkt, der jede Vergleichung ausschliesst, liegt nicht vor, vielmehr wird beidseitig in wörtlicher Uebereinstimmung das Hauptgewicht auf die Fähigkeit vernunftgemäss zu handeln verlegt.

Immerhin ergeben sich bei der näheren Formulierung Verschiedenheiten. Sind solche notwendig und ist eine vollständige Uebereinstimmung unmöglich? Bei erster Betrachtung möchte es den Anschein haben, als ob das Civilrecht den Begriff der Zurechnungs- oder Handlungsfähigkeit weiter fassen müsse. Einmal verleiht die natürliche Handlungsfähigkeit auch die Möglichkeit, selbständig Vorteile zu erwerben, es ist also aus diesem Grunde ein gewisses Interesse vorhanden, den Kreis der zurechnungsfähigen Personen auszudehnen; für die Ausdehnung scheint wiederum das Bedürfnis zu sprechen, den Kreis der aus schädigenden Handlungen verantwortlichen Personen zu vergrössern; endlich mag ins Gewicht fallen, dass für viele Handlungen und gewisse Personenkategorien die Strafe im allgemeinen als zu schwere, die Schadensersatzpflicht dagegen als angemessene Reaktion erscheint. Alle diese Gründe sind aber wohl nicht stichhaltig. Sollte es absolut nötig sein, Personen, welche man nicht als deliktsfähig erklären will, das Recht zu geben, selbständig Vorteile zu erwerben, so könnte dies getan werden, indem man Geschäftsfähigkeit und Deliktsfähigkeit von einander unterscheiden würde, wie dies unser gegenwärtiges Recht und das B. G. B. tun. Den Kreis der deliktsfähigen Personen in Rücksicht auf die geschädigten zu vergrössern, liegt keine dringende Veranlassung vor, da man zweifelsohne die Haftung für objektives Unrecht

gemäss Art. 58 O. R. beibehalten und womöglich noch ausdehnen wird. Endlich ist hervorzuheben, dass es sich bei der Zurechnung nicht endgültig um die Frage handelt, ob gestraft werde, sondern lediglich darum, ob eine Tat strafbar sei; vom Standpunkte des Gesetzgebers aus ist jede Schuld prinzipiell strafbar, ob sie aber bestraft wird oder nur civilrechtliche Folgen erzeugt, hängt hauptsächlich von blossen Zweckmässigkeitsgründen ab. Wenn der Begriff der Schuld civil- wie strafrechtlich derselbe ist, so muss auch die Zurechnungs- oder Deliktsfähigkeit auf beiden Gebieten logischerweise identisch sein.

Nun bestehen aber mehrere Verschiedenheiten zwischen den Begriffsbestimmungen der beiden Entwürfe. Abgesehen davon, dass Art. 16 St. G. E. die Unzurechnungsfähigkeit, Art. 10 C. G. E. dagegen umgekehrt die natürliche Handlungsfähigkeit (allerdings hier in negativer Weise) definiert, deckt sich der Begriff der natürlichen Handlungsfähigkeit quantitativ nicht mit dem Begriff der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit, noch ist der Ausschluss der natürlichen Handlungsfähigkeit parallel der Unzurechnungsfähigkeit des Strafrechts, welch letztere auch die Fälle der mangelnden geistigen Reife umfasst. Das Civilrecht kennt nämlich nur die natürliche Handlungsfähigkeit als solche, nicht dagegen eine Zwischenstufe, die verminderte Deliktsfähigkeit. Demnach ist anzunehmen, dass in den Fällen, in welchen das Strafrecht verminderte Zurechnungsfähigkeit sieht, doch die natürliche Handlungsfähigkeit und damit die Schadensersatzpflicht aus unerlaubter Handlung voll und ganz bestehen bleibt; Verminderung der Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln, bedeutet noch nicht ihre Aufhebung. Die natürliche Handlungsfähigkeit umfasst demnach sowohl die Fälle der Zurechnungsfähigkeit wie auch — von den Besonderheiten bezügl. Jugendlicher abgesehen — diejenigen der verminderten Zurechnungsfähigkeit. So wenigstens im Prinzip; in der Praxis dagegen wird die gleichmässige Grenzbestimmung durch die Aufstellung des Begriffs der verminderten Zurechnungsfähigkeit erschwert werden; der Civilrichter wird in Bezug auf denselben Tat-

bestand leicht dazu kommen, die natürliche Handlungsfähigkeit als nicht vorhanden, der Strafrichter dagegen, die verminderte Zurechnungsfähigkeit als vorhanden anzunehmen. Dies kann zu bösen Konflikten führen; denn prinzipiell sollte da, wo die natürliche Handlungsfähigkeit vom Civilrichter verneint wird, auch nicht verminderte Zurechnungsfähigkeit vorausgesetzt und daraufhin bestraft werden, da dies dem sekundären Charakter des Strafrechts widerspricht.

Eine weitere, wenn auch geringfügigere Schwierigkeit entsteht aus der dem Strafgesetzentwurf eigenen Behandlung jugendlicher Personen. Bei Jugendlichen von 14 bis zu 18 Jahren wird zwar in jedem Fall gemäss Art. 16 St. G. E. die Frage der Zurechnungsfähigkeit, gleich wie gemäss Art. 10 C. G. E. die Frage der natürlichen Handlungsfähigkeit zu prüfen sein. Dagegen kann es in Bezug auf Kinder unter 15 Jahren, die straffrei und strafrechtlich unzurechnungsfähig sind, vorkommen, dass sie dessenungeachtet als im Besitz der natürlichen Handlungsfähigkeit stehend erklärt werden müssen.

Endlich existiert in der Bestimmung der Deliktsfähigkeit noch ein nicht unbedeutsamer Unterschied zwischen den beiden Entwürfen, und zwar nicht bloss in der äusseren Abgrenzung, sondern auch qualitativ, obschon die erfreuliche Tatsache zu konstatieren ist, dass man nach verschiedenen Versuchen übereinstimmend wenigstens zu derselben Hauptfassung gelangte, indem man vornehmlich auf die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln abstellt. Dadurch ist eine bedeutende Annäherung erzielt worden und bis zur vollständigen Uebereinstimmung fehlt nur noch ein Schritt. Die noch vorhandene Differenz besteht darin, dass der St. G. E. die Unzurechnungsfähigkeit schlechthin annimmt, sobald der Täter ausser Stande war, vernunftgemäss zu handeln; die Störung der geistigen Gesundheit oder des Bewusstseins sind nur als Hauptbeispiele angeführt. Der C. G. E. dagegen hat einen engeren Tatbestand; er fordert, dass die Aufhebung der Möglichkeit, vernunftgemäss zu handeln, speziell aus den von ihm aufgeführten Gründen, wie Kindesalter, Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunken-

heit und ähnlichen Ursachen herzuleiten sei.[1]) Der Unterschied liegt also darin, dass nach der strafrechtlichen Fassung jede Unmöglichkeit, vernunftgemäss zu denken, oder aber dem als vernünftig Erkannten gemäss zu wollen, unzurechnungsfähig macht, beim Civilrecht nur die aus den angegebenen speziellen und ähnlichen Gründen sich ergebende Unmöglichkeit. Als Beispiele, wo der Richter in den Fall kommen kann, die natürliche Handlungsfähigkeit als vorhanden anzunehmen, dagegen die Zurechnungsfähigkeit auf Grund von Art. 16 St. G. E. aufgehoben zu erklären, führen wir an: handeln in unwiderstehlichem Jähzorn oder in anderer heftiger Gemütserregung, handeln auf Grund gefährlicher Drohung oder auf Befehl, handeln infolge eines wegen Krankheit reizbaren Zustandes; oder den Fall, wo eine willensschwache Person durch eine exorbitante Verlockung geblendet wird. Zum mindesten zeigen diese Fälle, dass die auch in Art. 16 Abs. 2 St. G. E. verwendete allgemeinere Fassung sehr häufig, wahrscheinlich mehr als beabsichtigt, dazu führen würde, verminderte Zurechnungsfähigkeit anzunehmen.

Ist aber der Unterschied überhaupt notwendig; kann nicht das theoretisch wenig erhebliche Plus in der Begriffsbestimmung des St. G. E. ohne Gefährde geopfert werden? Es ist Sache der Kriminalisten, sich darüber auszusprechen und nicht unwahrscheinlich, dass sie hiezu die Hand bieten wollen, denn jedenfalls war die Fassung des früheren St. G. E. wesentlich enger,[2]) enger sogar als die heutige des Civilrechts; gesetzgebungspolitische Gründe, dass das Strafrecht weiter gehen, bezw. den Kreis der Zurechnungsfähigen enger ziehen solle, haben wohl schon bei der Schaffung der gegenwärtigen Fassung keine grosse Rolle gespielt; im übrigen werden sie durch das Interesse an einer gemeinsamen Definition compensiert.

---

[1]) Man kann sich fragen, ob der Passus „ähnliche Ursachen“ auch auf die vorhergenannten Fälle oder nur auf die Trunkenheit zu beziehen sei; es ist das erstere anzunehmen; eine frühere Fassung lautete: „oder aus einem ähnlichen anormalen Zustande.“

[2]) Art. 8.: Wer zur Zeit der Tat geisteskrank oder blödsinnig oder bewusstlos war, ist nicht strafbar.

III. Wir gelangen demnach zum Schluss, dass eine gleiche Begriffsbestimmung der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit und der privatrechtlichen Deliksfähigkeit nicht bloss wünschbar ist, sondern sich auch unschwer erreichen lässt, indem man Art. 16 St. G. E. einer kleinen Veränderung unterwirft; dadurch ist die Uebereinstimmung wenigstens in der Hauptsache erzielt. Als einen weiteren Vorteil würden wir es erachten, wenn der in Art. 16 Abs. 2 St. G. E. enthaltene Begriff der verminderten Zurechnungsfähigkeit wegfallen und die daselbst angeführten Gründe als solche der Strafmilderung bei Art. 48 ff. genannt würden, wie denn auch andere Strafgesetzbücher die verminderte Zurechnungsfähigkeit nur bei Jugendlichen annehmen.

Was im übrigen die besondere Behandlung der jugendlichen Personen und Kinder im St. G. E. anbetrifft, so mag dieselbe vollkommen berechtigt sein, trotzdem man in systematischer Beziehung Aussetzungen an ihr machen und die Meinung vertreten kann, Art. 14 passe nicht zum ersten, sondern besser zum zweiten Abschnitt des E. Hier sei nur auf einen Punkt aufmerksam gemacht, dass nämlich Art. 37 in Verbindung mit Art. 14 es ausschliesst, bei Diebstahl z. B. einem 17-jährigen Burschen eine Geldbusse aufzulegen, wodurch auch die Erlangung von Schadensersatz gemäss Art. 39 verunmöglicht wird.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass St. G. E. Art. 2 § 1 Abs. 2, wo über das Recht, bei Antragsdelikten Strafantrag zu stellen verfügt wird, nunmehr mit Rücksicht auf das Civilrecht einfach zu lauten hat: „Fehlt dem Verletzten die natürliche Handlungsfähigkeit oder ist er noch nicht 16 Jahre alt, so stellt der gesetzliche Vertreter den Antrag."

§ 9. Schaden und Kausalzusammenhang.

I. Der Schaden. Folge der schuldhaften, rechtswidrigen Handlung ist gewöhnlich die Pflicht zum Schadensersatz; der Eintritt des Schadens ist aber auch zugleich regelmässig Voraussetzung des privatrechtlichen Delikts gemäss dem Wortlaut

von Art. 50 O. R. Nur ausnahmsweise genügt blosse Störung, vergl. z. B. Art. 24 ff. Markenschutzgesetz, Art. 26, 969 und 970 C. G. E. Unter Schaden wird im Civilrecht regelmässig nur der Vermögensschaden verstanden; derselbe kann allerdings sowohl durch Verletzung eines körperlichen wie eines immateriellen Gutes entstehen. Wird ein immaterielles Gut, das keinen Vermögenswert hat, sondern eng mit der Person verknüpft ist, angegriffen, so spricht man besser nicht von Schadensersatz. Der Begriff des vermögensrechtlichen Schadens ist im Obligationenrecht nicht genauer umschrieben, wenigstens nicht in Bezug auf den durch „unerlaubte Handlungen" verursachten, während Art. 116 O. R. und B. G. B. 249—253 ff. nähere Anhaltspunkte geben, was auch in Bezug auf den Schaden des Art. 50 vorteilhaft wäre.

Das strafrechtliche Delikt, auch wo es auf derselben Handlung basiert wie das civilrechtliche, unterscheidet sich meist dadurch von letzterem, dass es weiter ist, indem der Eintritt des Schadens nicht notwendigerweise zu seinem Tatbestand gehört; meist treten die Deliktsfolgen schon bei dem Versuch ein. Immerhin gibt es eine Reihe von Verbrechen, insbesondere in der Gruppe der Vermögensdelikte, bei denen der Schaden notwendige Voraussetzung des vollendeten Verbrechens ist, so gemäss Art. 37, 38 und 152, 89 und 340, 94, 96, 98, 104 St. G. E. Zweifelsohne handelt es sich bei diesen Tatbeständen um Eintritt eines Vermögensschadens in privatrechtlichem Sinn. Anders verhält es sich, wenn der St. G. E. in Art. 71, 72, 73, 77, 78, 104, 126, 145, 147, 152 von einer Beschädigung des Körpers, der Gesundheit, der Arbeitsfähigkeit oder der Ehre spricht. Allerdings haben solche Beschädigungen oft auch materielle Folgen, allein an und für sich bedeuten sie nur Verletzungen von Persönlichkeitsrechten. Die Beschädigung im Sinne der angeführten Artikel ist demnach nicht als Vermögensschaden aufzufassen.

II. Der Kausalzusammenhang. Das schuldhafte und rechtswidrige Handeln muss den Erfolg, beim Privatdelikt speziell den schädigenden Erfolg verursacht haben. Der Begriff des Kausalzusammenhanges ist ein allgemeiner, philosophischer,

kein spezifisch juristischer. Man hat seine Abgrenzung bisher der Wissenschaft überlassen, welche jedoch schwankte und noch keineswegs zu einem einheitlichen Resultat gekommen ist. Es kann daher die Frage aufgeworfen werden, ob es nicht erstrebenswert sein würde und insbesondere als Anleitung für den Richter von Wert wäre, im Gesetze eine genaue Bestimmung des Begriffes zu geben. Dass dieselbe im Civilrecht und im Strafrecht übereinstimmen sollte,[1]) dafür spricht nicht nur die Logik, sondern auch das praktische Bedürfnis; denn unbedingt muss es das Ansehen des Rechtes vermindern, wenn im selben Fall der Strafrichter gemäss seiner theoretischen Anschauung den Kausalzusammenhang annimmt, der Civilrichter ihn dagegen verneint.

Neben dem Handeln kann auch das Unterlassen kausal für den Erfolg sein; jedoch kommt dasselbe nur in Betracht, wenn es in schuldhafter oder rechtspflichtwidriger Weise geschah; nicht genügt für die Rechtswidrigkeit ein Verstoss gegen die guten Sitten oder die herrschende Moral; die Rechtspflicht muss vielmehr durch Gesetz oder Vertrag ausdrücklich auferlegt sein. Ferner ist jeweilen vom Civilrichter zu beachten, dass trotz der Konstatierung einer deliktischen Handlung im strafrechtlichen Sinn der Kausalzusammenhang zwischen dieser Handlung und dem civilrechtlich relevanten Erfolg noch nicht gegeben ist.[2])

§ 10. Die Subjekte.

I. Der Verletzte. Der Begriff des Verletzten kann nur in Vergleich gezogen werden, insoweit es sich im Strafrecht um den Angriff auf ein subjektives und privates Recht handelt. Im Civil- und Strafrecht ist im allgemeinen nur der unmittelbar Verletzte entschädigungs- bezw. antragsberechtigt; als Ausnahmen im Civilrecht sind anzuführen: der Anspruch der

---

[1]) Vergl. insbesondere Rümelin, die Verwendung der Kausalbegriffe in Straf- und Civilrecht, in Archiv f. civ. Praxis, Bd 90, S. 171 ff., wo die Einheitlichkeit des auf dem ganzen Gebiete der Rechtswissenschaft verwendeten Kausalbegriffes dargetan wird.

[2]) Vergl. Revue Bd XX. No. 76.

Personen, welche durch die Tötung ihren Versorger verloren haben (Art. 52 O. R., Art. 5. Eisenbahn-H. G., Art. 6. Fabrik-H. G.), der Anspruch der Interessenten nach Patentschutzgesetz Art. 9, 10 und 26. Bezüglich des Antragsrechtes der Verwandten wegen Ehrverletzung, gerichtet gegen einen Verstorbenen (St. G. E. 101 Abs. 2, 102 Abs. 6), ist zu sagen, dass hier die Angehörigen auch privatrechtlich als Verletzte anzusehen sind. — Im Privatrecht gilt bei Verletzung materieller Rechte jeder unmittelbar geschädigte als anspruchsberechtigt, so bei Sachbeschädigung nicht bloss der Eigentümer, sondern auch der Pfandgläubiger. Strafrechtlich dagegen wird gemäss St. G. E. Art. 241 (und 236) offenbar nur der Eigentümer als verletzt und daher antragsberechtigt angesehen; dieser Unterschied ist nicht von grosser Bedeutung, weil es sich um Sachen von geringem Wert handelt, immerhin könnte er leicht gehoben werden.

II. Täterschaft und Teilnahme. Als Täter ist im Strafrecht wie im Civilrecht (vergl. Art. 63 O. R.) nicht bloss derjenige aufzufassen, der positiv handelt, sondern auch, wer eine rechtswidrige Unterlassung begeht; der Ausdruck Verursacher wäre also korrekter. Sofern neben dem Verursacher noch eine dritte Person im Gesetz haftbar gemacht wird, wie nach Art. 61 und 63 O. R., (ähnlich, wenn für Tierschaden Ersatz zu leisten ist), so haftet der Dritte aus Delikt; infolgedessen ist nicht nur Voraussetzung seiner Haftbarkeit, dass die Handlung des Verursachers widerrechtlich war, sondern auch beim Dritten ist in Bezug auf sein relevantes Verhalten Verschulden und Zurechnungsfähigkeit nötig. Einzelne spezielle Tatbestände der mangelnden Aufsicht über Menschen und Tiere decken sich mit Tatbeständen, welche der St. G. E. als strafbar erklärt (vergl. dort Art. 262 und 263).

In Art. 60 O. R. wird bestimmt, dass mehrere, die den Schaden gemeinsam verschulden, solidarisch haften, ohne Unterschied, ob sie als Anstifter, Urheber oder Gehilfen gehandelt haben. Unter gemeinsam verschuldetem Schaden ist nicht ein solcher zu verstehen, der durch verschiedene selbständige, schädigende Handlungen verursacht wurde, vielmehr

muss ein und derselbe rechtswidrige Erfolg gemeinsam verursacht sein. Die Begriffe Anstifter, Urheber und Gehilfe sind dem Strafrecht entnommen; indem jedoch alle drei Personenkategorien in gleicher Weise als solidarisch haftbar erklärt werden, wird vom O. R. die Auffassung vertreten, dass nicht bloss die Mittäter, sondern auch Anstifter und Gehilfen durch Setzen einer Bedingung zum Erfolg diesen verursacht haben, eine Auffassung, welche nicht der früher im St. R. herrschenden, wohl aber dem Art. 22 St. G. E. entspricht, wonach die Anstiftung gleich, wie die Täterschaft bestraft wird, und die Gehilfenschaft milder bestraft werden kann; also auch hier Uebereinstimmung. Die Begünstigung des Art. 60 O. R. hat Fälle der Hehlerei einerseits, der Gehilfenschaft anderseits im Auge; beide verdienen es nicht, im O. R. genannt zu werden, aber ebenso wenig die Begünstigung im heutigen strafrechtlichen Sinne, welche in ihrer Hauptform, der Verbrechensbegünstigung (St. G. E. Art. 204) ein Verbrechen gegen die Rechtspflege, somit eine rechtswidrige, aber nicht den Tatbestand eines privaten Deliktes darstellende Handlung bedeutet; auch die Begünstigung des einzelnen Gläubigers (St. G. E. Art. 98), obschon der Tatbestand eines Privatdelikts, ist nicht speziell im Privatrecht zu nennen, jedenfalls nicht bei Art. 60 O. R.

Besondere Hervorhebung erheischt Art. 105 St. G. E., wonach bei Ehrverletzungen durch einen anonymen Zeitungs- oder Zeitschriftsartikel nur der Redaktor verfolgt wird, sofern sich der Verfasser nicht nennt oder derselbe vom Redaktor nicht genannt wird, wozu der letztere nicht verpflichtet ist. Ob es sich rechtfertigt, diese Ausnahmebestimmung aufzustellen, ist bekanntlich sehr diskutabel.[1]) Jedenfalls hat sie den heute schon empfundenen Nachteil, in Bezug auf den Kreis der verantwortlichen Personen in einen wesentlichen Kontrast zum Civilrecht zu geraten. Dass man sich behufs Vermeidung dieses Uebelstandes entschliessen könnte, im Civilrecht eine entsprechende Vorschrift bezüglich der passiven Subjekte der

[1]) Vergl. z. B. Votum von Stooss am Juristentag 1894, Zeitschrift für Schweiz. Recht. Bd 35, S. 742 ff.

Schadensersatzpflicht zu treffen, darf nicht erwartet werden, da es für den Verletzten von Wichtigkeit ist, sich neben dem Redaktor auch an Drucker und Verleger halten zu können. Die Ausnahmebestimmung des Strafrechts wirkt auch insofern nachteilig auf das privatrechtliche Verhältnis ein, als sie ausschliesst, dass der Verletzte von den letztgenannten Personen eventuell Schadenersatz durch Anweisung auf die Bussezahlung erhält. Der Erfolg des Art. 105 wird sein, dass man in vermehrtem Masse bei Pressdelikten nicht strafrechtlich vorgeht, sondern auf Grund des Civilrechts.

§ 11. Spezielle Tatbestände.

I. Civil- und Strafgesetz stechen in ihrem äussern Aufbau bekanntlich dadurch am meisten von einander ab, dass das letztere die Tatbestände der einzelnen unerlaubten Handlungen genauer spezialisiert, während sich das erstere im grossen und ganzen mit allgemeinen Bestimmungen begnügt. Diese Verschiedenheit der Methode beruht auf natürlichen Ursachen: die Sraffolgen treten eben nur in einzelnen schwereren Fällen, die von leichtern abgegrenzt werden müssen, ein, und ihre Schärfe bedingt eine peinliche Individualisierung. Immerhin mag man sich fragen, ob nicht gelegentlich auch für das Civilrecht eine grössere Spezialisierung gewisser Tatbestände von Vorteil wäre; namentlich mag hiefür dann vielleicht ein Bedürfnis vorliegen, wenn bisher im Privatrecht nicht oder nur teilweise anerkannte Interessen vermehrte Berücksichtigung erheischen, wie die Persönlichkeits- und Immaterialgüter; aber in der Regel wird auch hier die genauere Hervorhebung besser von Spezialgesetzen besorgt; dies lässt sich hinsichtlich der Einzelfälle der Urheberrechtsverletzungen etc., wie auch der concurrence déloyale sagen; eher noch könnte man den so häufig angerufenen Schutz der Ehre im Civilgesetzbuch spezieller behandeln und damit gleichzeitig auch in diesem Punkte grössere Klarheit über das Verhältnis zum Strafrecht gewinnen.

Von besondern Tatbeständen unerlaubter Handlungen, welche das Civil- wie das Strafrecht aufweisen, sind einmal die Tötung und die Körperverletzung (Art. 52—54 O. R.) zu

erwähnen; diese zwei Begriffe, welche kein juristisches Verhältnis, sondern ein äusseres Geschehen ausdrücken, können vom Civilrecht unzweifelhaft in der nähern Ausgestaltung übernommen werden, die sie vom Strafrecht erhalten haben. — Der Tatbestand des Art. 55 O. R. fällt hier ausser Betracht, da er nach unserer Auffassung nicht einen Spezialfall von Art. 50 darstellt, nicht unter, sondern neben diesem Artikel steht. Mit der civilistischen Haftpflicht des Hausherrn, des Tierhalters und des Bauherrn korrespondieren teilweise St.G.E. Art. 262, 263, 264 und 69. Wenn das Strafrecht in einer grossen Zahl von Artikeln die Folgen deliktischer Handlungen regelt, die in Missachtung vertraglicher Pflichten bestehen, so sind diese Tatbestände keineswegs parallel den Bestimmungen des O. R., spezieller Teil, wo die Haftpflicht der Kontrahenten für Verschulden statuiert wird (vergl. z. B. bezüglich des Mandates Art. 396 O. R. und 84 St. G. E.). Für blosse Nichteinhaltung oder schlechte Erfüllung der Vertragspflichten wird ja nach heutigem Recht sozusagen nie bestraft; sobald ein Kontrahent strafbar gehandelt hat, liegt in seinem Verhalten nicht bloss eine Verletzung der Vertragspflicht, deren Folgen er sich bei Eingehung des Vertrages selbst unterworfen hat, sondern es konkurriert auch eine unerlaubte Handlung nach Art. 50 ff. O. R.[1]); dieser Unterschied in der rechtlichen Begründung des Anspruchs gewinnt insbesondere durch Art. 39 St. G. E. an Bedeutung. — Bei Verletzung des Urheber-, Marken-, Muster- und Patentrechtes sind nach den bezüglichen Spezialgesetzen die besondern Tatbestände der civil- und der strafrechtlichen Spezialdelikte übereinstimmend gestaltet; nur gehört zum strafrechtlichen Tatbestand regelmässig Vorsatz (nur beim Urheberrecht im engern Sinne reicht schon grobe Fahrlässigkeit aus); zum civilrechtlichen Tatbestand genügt jedes Verschulden.

Nur nebenbei mag hier der Verjährung Erwähnung getan werden; jedenfalls ist das Postulat zu stellen, dass mit Hinsicht auf sie Einklang zwischen Civilrecht und Strafrecht

---

[1]) B. E. Bd XVIII, S. 340.

hergestellt werde, insbesondere rücksichtlich des Fristenlaufs und der Unterbrechung (vergl. Art. 69 Abs. 1 O. R.). Dass der Begriff der Verjährung an und für sich in beiden Gebieten derselbe ist, darf vorläufig als unzweifelhaft bezeichnet werden.

Schliesslich ist es noch am Platz, den Begriff des Betruges zu berühren. Nach St. G. E. Art. 89 gehört zum Tatbestand des Betruges eine Vermögensbeschädigung in Bereicherungsabsicht durch arglistige Täuschung. Der Begriff des Betruges nach O. R. Art. 24, 25 und 28 ist offenbar ein viel weiterer; er ist identisch mit dem dolus der Römer und ihm fehlen als Merkmale sowohl die Bereicherungsabsicht, wie die Vermögensbeschädigung. Selbstverständlich ist es praktisch absolut untunlich, an Stelle dieses Civildolus im O. R. den Betrugstatbestand des Strafrechts zu verwenden; daher empfiehlt es sich auch, im Civilrecht den zu Verwechslungen Anlass gebenden Ausdruck „Betrug“ oder „betrügerische Handlungen“ zu beseitigen und dafür von „absichtlicher“ oder „arglistischer Täuschung“ zu sprechen; so auch O. R. Art. 247 und 259, C. G. E. Art. 147, B. G. B. Art. 123 etc.

Wie wir gesehen, ist der Fall nicht allzu häufig, dass sich ein spezieller Deliktstatbestand des Strafrechts auch im Civilrecht findet; noch seltener und eigentlich als anormal kann es bezeichnet werden, wenn eine Strafdrohung im Civilrecht aufgestellt ist,[1]) sofern es sich nicht um ein Spezialgesetz handelt.

II. Einen indirekten Einfluss auf die speziellen Tatbestände des Strafrechts üben die civilistischen Begriffe in mannigfacher Weise aus. Einmal geschieht dies durch die civilrechtlichen Bestimmungen über Notwehr, Notstand und Selbsthilfe, welche subjektive Berechtigungen erteilen, die auch vom Strafrecht respektiert werden müssen, obschon sie in seine Grenzen einbrechen. Des weitern verwendet das Strafrecht in seinem besondern Teil eine Reihe spezifisch civilistischer Begriffe;[2])

[1]) Vergl. Art. 139, Abs. 3 C. G. E., der nun zu den Uebergangsbestimmungen gewiesen ist; Art. 475 C. G. E. stellt eine blosse Ordnungsstrafe auf.

[2]) Vergl. oben S. 146.

es geschieht dies vor allem dann, wenn es auf private Rechte oder ihre Träger verweist, oder sofern es Rechtsakte und rechtliche Pflichten nennt, die prinzipiell vom Civilrecht geregelt werden. Wenn z. B. in Art. 79, 72, 87, 236 und 241 des St. G. E. von einer Sache „die einem anderen gehört“ gesprochen wird, so kommt hier der civilrechtliche Eigentumsbegriff in Aktion. In Art. 148 und 151 St. G. E. ist der Ausdruck Eigentum nicht ganz glücklich verwendet. Sobald das Strafrecht berechtigte oder verpflichtete Personen nennt, so gibt meistenteils das Civilrecht nähern Aufschluss, ob jemand zu einer solchen Kategorie gehöre oder nicht; so sind civilistisch zu bestimmen der Angestellte oder Arbeiter etc. von St. G. E. Art. 77, der Vormund, Beistand und Vermögensverwalter von Art. 82, 84 und 143, die Berechtigten von Art. 84 und 88 (Faustpfand-Besitzer, Nutzniesser, Gebrauchs- und Retentionsberechtigte), die Verwandten von Art. 85, 90 und 141 etc., Schuldner und Gläubiger nach Art. 95 ff; auch die Begriffsbestimmung der Ehe und der Eheschliessung hat der Strafrichter dem Civilrecht zu entnehmen, vergl. St. G. E. Art. 113 und 138 ff. Wenn im St. G. E. Art. 77, 133 und 134 von Minderjährigkeit und Mehrjährigkeit die Rede ist, so wird damit offenbar die civilistische gemeint sein, obschon es auffallen mag, dass das Strafrecht zweierlei Arten von Mündigkeitsterminen verwendet.

Das Civilrecht ist an die Auffassung des Strafrechts gebunden, wenn es von „strafbaren“ oder „strafrechtlich verfolgbaren“ Handlungen, „gestohlenen“ Sachen etc. spricht.

IV. Kapitel.

Schluss.

§ 12.

Mit dem Zuletztgesagten sind wir eigentlich über den Rahmen unserer Aufgabe, die gemeinsamen Grundbegriffe zu vergleichen, hinausgelangt; wir schliessen damit unsern Ueberblick ab, in der Hoffnung, dass er eine genügende Orientierung über den Stand der wichtigsten allgemeinen Begriffe in beiden

Gebieten gegeben habe. Nicht ungern verlassen wir eine Materie, welche neben ihrer Abstraktheit die unangenehme Eigenschaft an sich trägt, dass sie nirgends absolut festen Halt und scharfe Umrisse gewährt; auch die Betrachtung vom Standpunkt des französischen Textes und Rechtes aus wird naturgemäss weitere Nuancierungen zu den schon vorhandenen hinzufügen. Jedenfalls ruft das Thema in jedem, der sich länger mit ihm beschäftigt, ein verstärktes Bedürfnis nach Einheit und Klarheit im gesamten Rechtssystem und den Wunsch wach, es möchte nicht bloss an der Vertiefung und Verfeinerung in jedem Rechtszweig, sondern auch an der Beleuchtung der gemeinsamen Grundlagen gearbeitet werden. — Als zusammenfassendes Resultat unserer Erörterungen heben wir folgende Punkte hervor:

1. Was einmal das Verhältnis von Civilrecht und Strafrecht zu einander anbelangt, so lag die Prüfung ihres Zusammenhanges und ihrer Wechselbeziehungen nicht im Mittelpunkt unserer Betrachtung; dieses wichtige Thema, die Frage der gegenseitigen Abgrenzung und Unterstützung[1]), wird für sich allein zu untersuchen sein, und zwar endgültig erst dann, wenn neben dem Strafrechtsentwurf der Revisionsentwurf des O. R. vorliegt und man sich ein Bild davon machen kann, wie die beiden Entwürfe zusammenklappen und wo ein Gebiet zu Gunsten des andern nach gemeinsamer Verständigung Konzessionen machen kann. Immerhin haben wir bereits Ausblicke in dieser Richtung tun können, die uns verschiedene Wünsche nahe legten. Das Civilrecht wird u. E. gut tun, wenn es in seiner Systematik die Fälle des objektiven und des subjektiven Unrechts deutlich unterscheidet; die erstern sind womöglich zu verallgemeinern und gleichzeitig die Abstufungen der Haftung zu vermehren, keineswegs in dem Sinne, dass das freie richterliche Ermessen nicht in vollem Umfange gewahrt bleibe, aber damit der Richter für gewöhnlich eine wegleitende Regel besitze. Art. 50 O. R. soll in Anlehnung an Art. 26 C. G. ungefähr so gefasst

[1]) Vergl. insbesondere R. Schmidt: Der Einfluss des bürgerlichen Gesetzbuchs auf das Strafrecht, in der D. Juristen-Zeitung. 1900 S. 146 ff.

werden: „Wer in seinen Vermögensinteressen unbefugterweise angegriffen wird, sei es vorsätzlich oder fahrlässig, ist berechtigt, auf Beseitigung der Störung, sowie auf Schadensersatz zu klagen.“ In Bezug auf die zu schützenden Rechtsgüter hat das Gesetz prägnanter, als es heute der Fall ist, zwischen dem Schutze von Vermögensinteressen und persönlichen Verhältnissen zu unterscheiden; die Zahl der besonders hervorgehobenen Rechtsgüter kann vielleicht mit Vorteil noch vermehrt werden (Geistesprodukte, Kundschaft, Geheimnis, Ehre); jedenfalls aber ist die Formulierung beizubehalten, wonach der Schutz für materielle und immaterielle Güter ganz allgemein besteht. An das Strafrecht ist die Forderung zu stellen, dass es so viel als möglich sich mit der civilrechtlichen Reaktion gegen das Unrecht begnüge, und auch da, wo es Strafe vorschreibt, die gleichzeitig eintretenden civilrechtlichen Folgen in Berücksichtigung ziehe.

2. In Bezug auf die Wünschbarkeit der Uebereinstimmung fallen diejenigen Begriffe ausser Betracht, welche bloss tatsächliche Verhältnisse ausdrücken; was die Begriffe mit juristisch relevantem Inhalt anbelangt, so besteht die Wünschbarkeit ihrer Uebereinstimmung in beiden Gebieten, ja in allen Teilen des Rechts, sowohl aus praktischen wie theoretischen und rechtsästhetischen Gründen, wenn letzterer Ausdruck erlaubt ist. Eine zwingende Notwendigkeit, die Identität herzustellen, existiert freilich nirgends, da Strafrecht und Civilrecht an und für sich von einander unabhängig sind. Allein diese Unabhängigkeit ist doch keine schrankenlose; wenn sich auch die beiden Gebiete durch die Art der Rechtsfolgen typisch von einander unterscheiden, so haben sie doch die Hauptaufgabe gemeinsam, den Kampf gegen das Unrecht. In diesem Kampf kann der Grundsatz „getrennt marschieren, vereint schlagen“ nicht ohne weiteres gebraucht werden; vielmehr ist trotz der verschiedenen Waffen für die Erreichung des Erfolges die innere Verbindung und die Gleichartigkeit der Grundlagen von grossem Wert.

Im einzelnen hat die nähere Betrachtung gezeigt, dass die Uebereinstimmung oft eine fast unumgängliche und selbstverständliche ist, so da, wo spezifisch civilrechtliche Begriffe vom

Strafrecht gebraucht werden oder umgekehrt; weiter hinsichtlich des Begriffs der Widerrechtlichkeit und ihrer Abgrenzungen, wie Notstand und Selbsthilfe, ebenso in Bezug auf die Begriffe Irrtum, Schaden, Kausalzusammenhang, Verjährung. Weniger dringend geboten, wenn auch sehr wünschenswert ist die Uebereinstimmung hinsichtlich des Verschuldens und seiner Unterarten, der Zurechnungsfähigkeit und der Subjekte der Rechtsverletzung. Am wenigsten tritt die Wünschbarkeit zu Tage, aber auch hier ist sie nicht ausgeschlossen, wo ein Begriff dem gewöhnlichen Sprachgebrauch entnommen ist und keinen rechtserheblichen Inhalt hat. In einzelnen Fällen, wo derselbe Terminus bisher in beiden Gebieten in verschiedener Bedeutung gebraucht wurde, empfiehlt sich die sprachliche Unterscheidung, so in Bezug auf den Betrug.

3. Was endlich die Ausführbarkeit der Uebereinstimmung anbelangt, so erhebt sich hier vor allem die Frage, ob es Sache des Gesetzgebers sei, so weit als möglich auf sie hinzuwirken. Bis jetzt war es meist gebräuchlich, dass die Gesetzgebung bloss die einzelnen Begriffe aufgestellt, ihre nähere Umschreibung und Ausgestaltung aber der Doktrin überlassen hat; so angenehm und interessant dieser Zustand auch vom Standpunkt des Theoretikers sein muss, so entspricht er doch nicht den Anforderungen, welche an ein Volksgesetzbuch zu stellen sind, das oft von ungelehrten, weder mit der Wissenschaft noch mit den Präjudizien vertrauten Richtern zu handhaben ist. Gleich wie wir in Bezug auf die Festsetzung des Schadens und die Hervorhebung der Rechtsgüter für eine grössere Ausführlichkeit, als sie heute vorhanden ist, eingetreten sind, so möchten wir auch die wichtigsten Grundbegriffe nicht den Schwankungen der Doktrin überlassen wissen, sondern im Gesetze definiert sehen. Es kann in dieser Hinsicht begrüsst werden, dass der St. G. E. dazu gelangte, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu definieren. In Bezug auf das Civilrecht ist zu hoffen, es werde das O. R. durch die Revision etwas von seiner heutigen, zu abstrakten Gestalt verlieren, damit seine Form nicht allzusehr von der plastischen und leicht fasslichen Darstellung, die z. B. das

Familienrecht im C. G. E. erhalten hat, absticht. Wenn die allgemeinen Begriffe vom Gesetzgeber nicht näher definiert werden, so liegt es nahe bei der Hand, dass sie in jedem Gebiete durch die Fachwissenschaft verschiedene Färbung erhalten; werden sie nur in einem Zweige definiert, so tritt als natürliche Folge ein, dass die betreffende Definition auch auf das andere Gebiet einen massgebenden Einfluss ausübt. Erst wenn man von vorneherein beidseitig im Gesetze Stellung nehmen will, so gelangt man auch zur Frage, ob die Uebereinstimmung ausführbar sei oder nicht.

Wie wir nun bei der Betrachtung der einzelnen Begriffe ersehen haben, ist für manche die Uebereinstimmung schon vorhanden, indem Doktrin und Praxis in beiden Gebieten bewusst oder unbewusst zu derselben Auffassung gelangt sind. Wo Verschiedenheiten in der Begriffsbestimmung bestehen, erscheinen sie zum Teil als nebensächlich, so in Bezug auf die Behandlung der Kinder und in Ansehung der Pressdelikte im Strafrecht. Sind sie aber prinzipieller Natur, so finden wir doch nirgends erhebliche Differenzen, die als unüberbrückbar bezeichnet werden müssen. Es ist bemerkenswert, dass fast immer da, wo heute in einem Urteil auf die Verschiedenheiten hingewiesen wird, dies in dem Sinn geschieht, dass solche bestehen können, nicht müssen. Und von was rühren sie denn eigentlich her? Offenbar einmal von dem in den beiden Gebieten ungleich weit fortgeschrittenen Stand der Doktrin, sodann nicht zum wenigsten auch von der Mannigfaltigkeit unserer Rechtsgebiete und Rechtsquellen. Wie dies schon in Hinsicht auf deutsche Verhältnisse zutreffend hervorgehoben wurde,[1]) erhalten wir erst mit der Vereinheitlichung unserer beiden grössten Rechtszweige in diesen selbst einheitliche Grundbegriffe; dann wird es aber auch schwer sein, stichhaltige Gründe dafür anzugeben, warum nicht die den beiden Gebieten gemeinsamen Begriffe einheitlich gefasst und gestaltet werden. So ist die Rechtseinheit dazu angetan, uns nicht bloss die Unifikation innerhalb zweier Hauptgruppen, sondern auch darüber hinaus

---

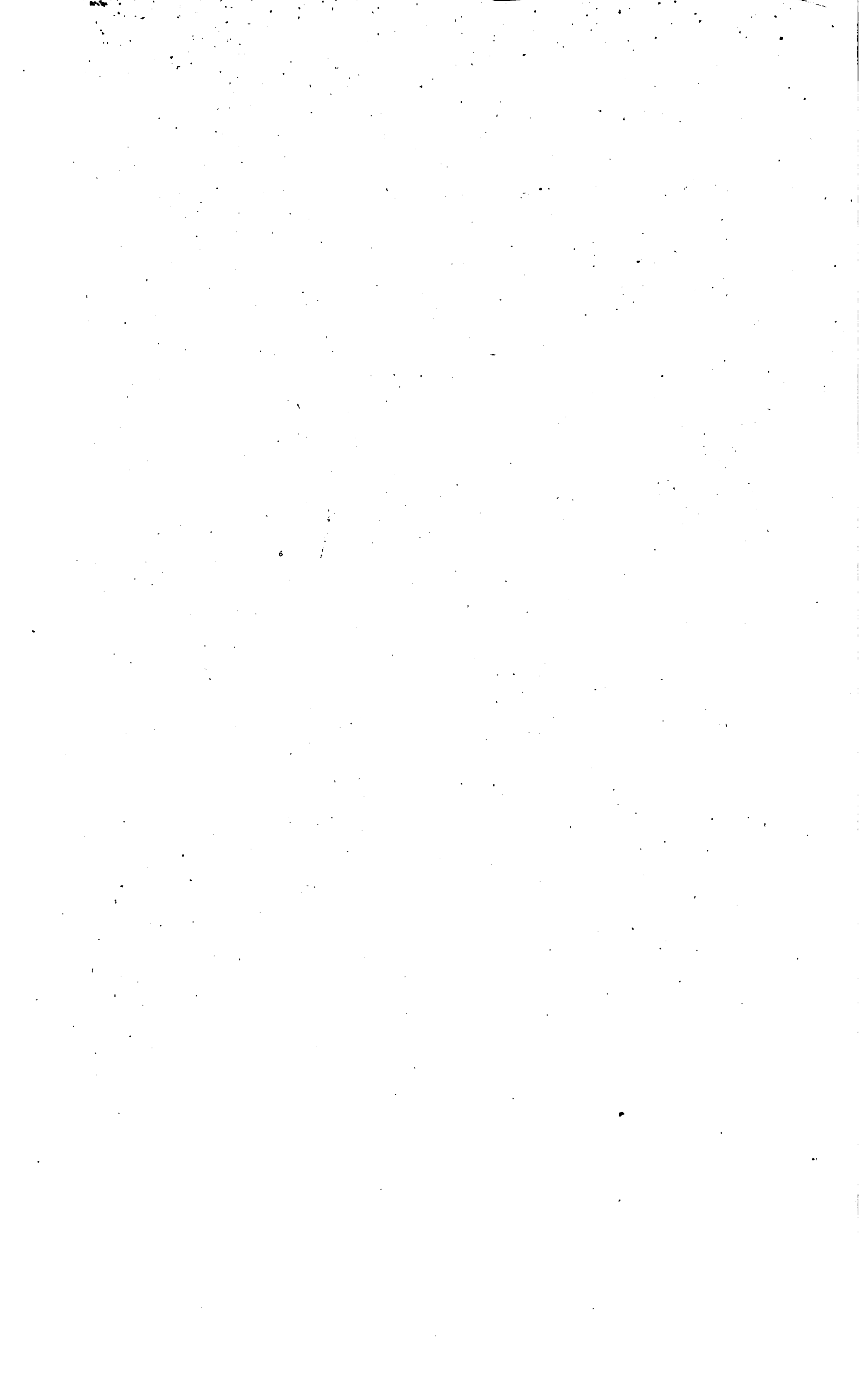
[1]) Bekker, in Iherings' Jahrb. Bd XXXIV. S. 64.

als angenehme und wertvolle Zugabe die Einheit einer Anzahl der wichtigsten Grundbegriffe des Rechtes überhaupt zu bringen.

Angesichts der in viele Detailpunkte zerfallenden Materie ist es wohl kaum angebracht, eine grössere Anzahl von Thesen zu formulieren. Wir gelangen im Sinne obiger Ausführungen dazu, bloss nachstehende zwei Thesen vorzuschlagen:

I. Die Uebereinstimmung der Begriffe im Civil- und Strafrecht ist wünschenswert.

II. Die Uebereinstimmung ist in der Hauptsache überall durchführbar.



Tagesordnung

für die Jahresversammlung des schweiz. Juristenvereins in Lausanne.

Montag den 21. September:

1. Ansprache des Präsidenten.
2. Wahl der Stimmenzähler und der Sekretäre.
3. Aufnahme von neuen Mitgliedern und Nennung der seit der letzten Generalversammlung Aufgenommenen.
4. Bezeichnung der Rechnungsrevisoren.
5. Diskussionsthema: **Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadensersatzrecht.** Referent: Dr. *Carl Christoph Burckhardt*, Professor in Basel. Korreferent: Dr. *S. de Félice*, Professor und Advokat in Lausanne.
6. Verschiedene Mitteilungen.

Dienstag den 22. September:

1. Statutenrevision. (Entwurf des Vorstandes.)
2. Vorlage der Jahresrechnung und Bericht der Revisoren.
3. Bericht der Kommission der schweizerischen Rechtsquellen.
4. Diskussionsthema: **Inwieweit ist die Uebereinstimmung der Begriffe im Civil- und Strafrecht wünschenswert und durchführbar?** Referent: Dr. *Max Gmür*, Prof. in Bern. Korreferent: *Eugen Cordey*, Advokat in Lausanne.
5. **Die Vereinbarungen im Haag von 1902** (Eheschliessung, Ehescheidung, Vormundschaft). Mitteilung des Dr. *M. Kebedgy*, Professor in Bern.
6. Bestimmung des Ortes der nächsten Generalversammlung.

Ordre du jour

des délibérations de la Société suisse des juristes, réunion de Lausanne.

Lundi, 21 septembre:

1° Allocution du Président.

2° Nomination des scrutateurs et des secrétaires.

3° Réception de nouveaux membres et présentation de ceux qui ont été reçus depuis la dernière assemblée générale.

4° Désignation des vérificateurs des comptes.

5° Thème de discussion: **La revision du Code fédéral des obligations et la question des dommages et intérêts.** Rapporteur: M. le Dr. *Charles Christophe Burckhardt*, professeur à Bâle. Co-rapporteur: M. le Dr. *S. de Félice*, professeur et avocat à Lausanne.

6° Communications diverses.

Mardi, 22 septembre:

1° Revision des Statuts. (Projet du Comité.)

2° Présentation des comptes de l'exercice écoulé et rapport des vérificateurs.

3° Rapport de la commission des sources du droit suisse.

4° Thème de discussion: **Dans quelle mesure est-il désirable et possible d'établir des notions concordantes dans le droit civil et le droit pénal?** Rapporteur: M. le Dr. *Max Gmür*, professeur à Berne. Co-rapporteur: M. *Eugène Cordey*, avocat à Lausanne.

5° **Les conventions de la Haye de 1902** (Mariage, Divorce, Tutelle) Communication par M. le Dr. *M. Kebedgy*, professeur à Berne.

6° Désignation du lieu de la prochaine assemblée générale.

